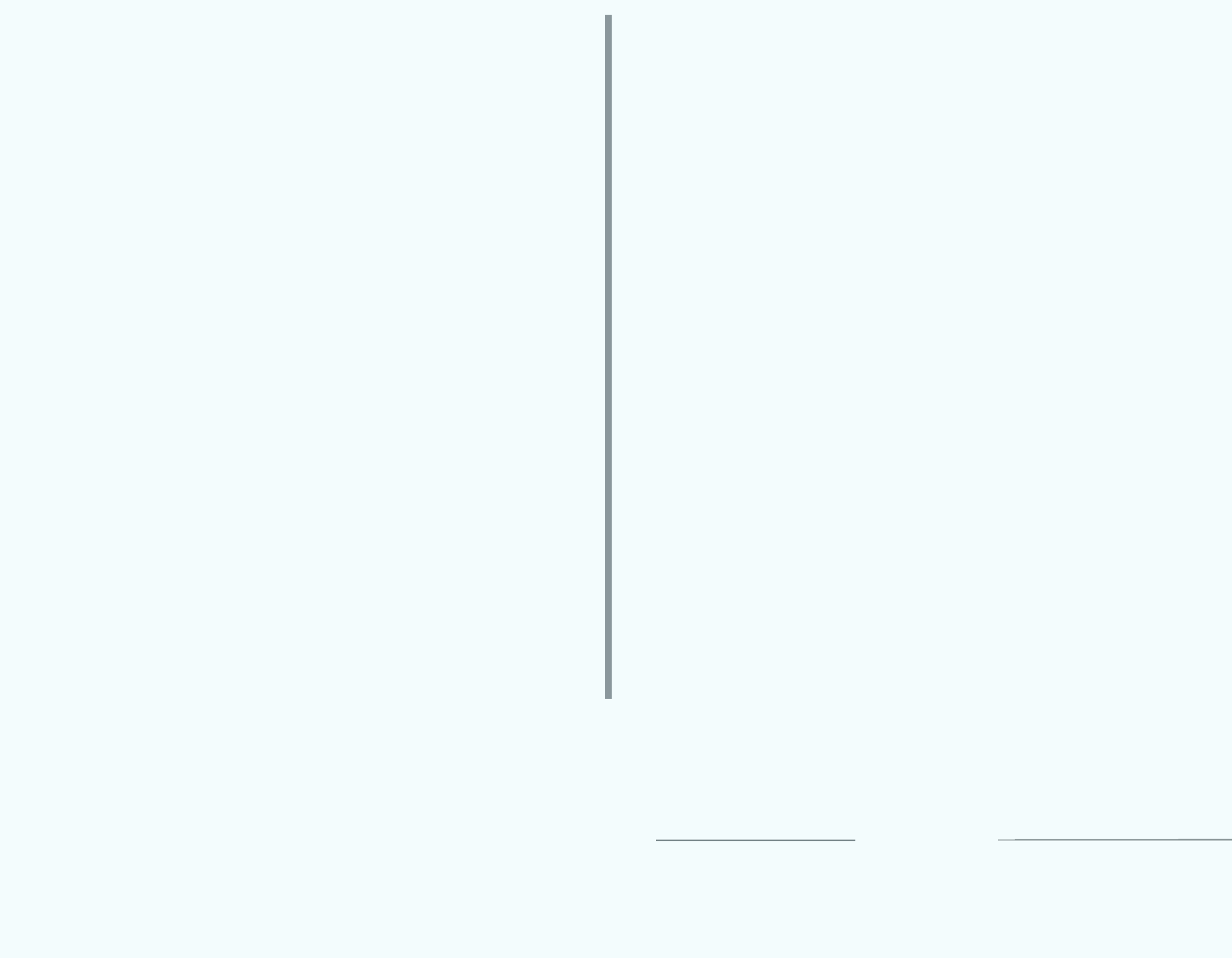
Ronald Dworkin

EL IMPERIO DE LA JUSTICIA

Serie
CLADEMA
Filosofía/Derecho



University Press, Cambridge, Mass., 1986

Traduccian: Claudia Ferrari

Revision teenica: Ernesto Abril

Rustracian de cubierta: Ivan de Pablo Bosh

Primera edicion: 1988, Barcelona

Primera reimpresion: noviembre de 1997, Barcelona

Segunda reimpresion:

edición: mayo de 2012, Barcelona

segunda sion: julio de 2005, Barcelona

Derechos reservados para todas las ediciones en castellano

0

Editorial Gedisa S. A.
Avenida del Tibidabo, 12, 3908022 - Barcelona, España

Te

Fax (+34) 93 253 09 05
Correa electronico: gedisaggedisa.com
www.gedisa.com

IBIC: LAB
ISBN: 978-84-7432-323-8
Deposita legal: B-8387-2012
Impreso por Romanya Valls, S.A.

n

S

p

a

i

n

Queda probibida la reproduccion total o parcial por cualquier medio de impre-sian, en forma identica, extractada o modificada, en castellano a en cualquier otro

INDICE

PREFACIO..... 11

1. QUE ES EL DERECHO?..... 15
que importa? 15
Desacuerdo sobre el derecho. 16
La perspectiva del hecho evidente. . 19
Una objecion inicial..... 22
El mundo real. . 24
Teorias semanticas del derecho..... 35
El verdadero debate sabre las teorias semanticas... 43

2. CONCEPTOS 1NTERPRETATIVOS 44
El aguijon semintico..... 44
Un ejemplo irnaginario.... 45
Una primera mirada a la interpretacion 47
La interpretacion y la intencion del

autor 50
El arte y la naturaleza de la intencion.... 50
Intenciones y practicas 55
Etapas de la interpretacion.. 57
Los filosofos de cortesia..... 59
Una digresion: la justicia ... 62
Escepticismo sobre la interpretacion.. 64

3. RETORNO A lAJURISPRUDENCIA 72
Un nuevo cuadro 72
Conceptos y concepciones del derecho..... 74
El derecho y la etica..... 78
Anatomia de una concepciOn... 79
Concepciones escepticas y derecho perverso 81
La flexibilidad del lenguaje legal 83
Fundamentos y fuerza del derecho..... 86

4. EL CONVENCIONALISMO..... 90
Su estructura 90
Su atraccion. 92
Convenciones legates..... 94

Dos tipos de convencionalismo .....
zE1conveiteionalismo se-afttsta—a-nuestra practica? .....
convencionalismo justifica nuestra practica? 107

5. PRAGMATISMO Y PERSONIFICACION..... 115
Una concepciOn esceptica..... 115
eEl pragmatismo es conveniente?..... 115
Ley sin derechos..... 121
Los reclamos de Ia integridad 123
La comunidad personificada..... 126
La personification en juego..... 128

6 INTEGRIDAD..... 132
Programa..... 132
integridad es adecuada?..... 132
La integridad es atractiva? 139
El enigma de la legitimidad..... 141
las obligaciones de Ia comunidad..... 145
Fraternidad y comunidad politica..... 152
Desordenadas notas finales..... **158**

7. LA INTEGRIDAD EN EL DERECHO..... 164
Una amplia perspectiva..... 164
La cadena del derecho..... 166
Derecho: la cuestion de los danos morales..... **173**
Un resumen provisorio 183
Algunas objeciones familiares..... 186
Escepticismo en el derecho 191

8. EL DERECHO CONSUETUDINAR10..... 198
La interpretation econOmica..... 198
Complejidades..... 201
La cuestion de justicia..... 204
El deber utilitarista..... 206
La interpretackin igualitaria 210
Igualdad y costo comparativo 214
Personas privadas y cuerpos pfiblicos..... 219

9. ESTATUTOS..... 223
La intention legislativa..... 223
El significado del orador..... 225
Convicciones 232
El metodo de Hercules..... 238

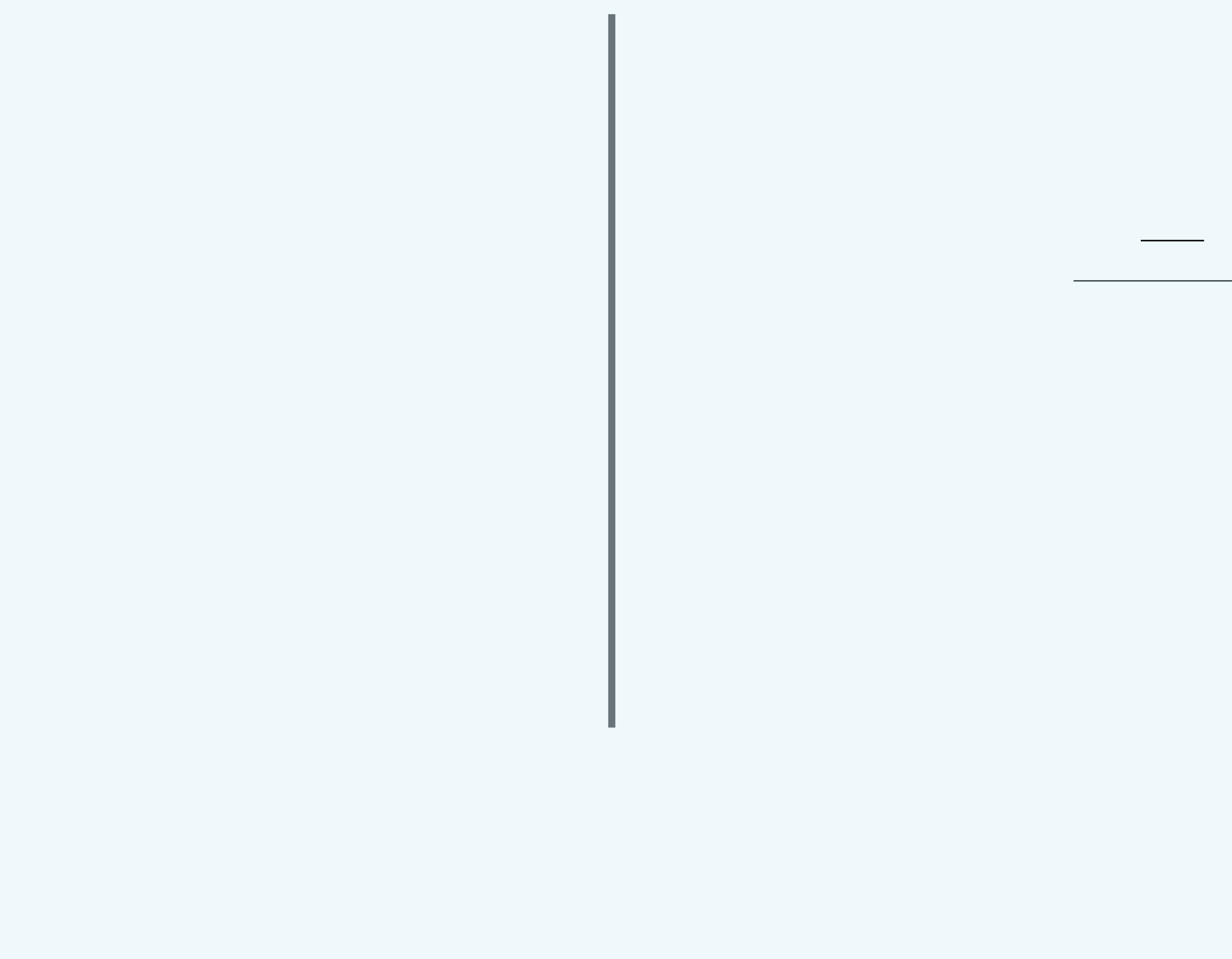
Historia legislativa del tiempo ayes..... 241
e,Cuando es claro el lenguaje?..... 247

10. LA CONSTITUCION..... **251**
iEl derecho constitucional esti basado en un en or? 251
Liberales y conservadores..... 252
H istoricismo..... 254
Pasivismo..... 260
Hercules en el Olimpo..... 267
Teorias de igualdad racial..... 268
La decisi6n del caso Brown..... 272
La decision del caso Bakke..... 276
Hercules es un tirano?..... 279

11. EL DERECHO MAS ALLA DEL DERECHO..... 281
El derecho se purifica a si mismo..... 281
Los suefios del derecho..... 286
Epilogo: zQue es el derecho?..... 287

NOTAS..... 291

INDICE TEMATICO..... 313



referencia, el hecho de que tengarnos razon para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta. En este libro sostengo que los criticos no logran entender de que se trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de que debe tra-tar si la tesis esceptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cual-quier otro argumento contra la teoria de derecho que defiendo. Afirmo que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafisica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada per-suasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho.

En general, he tratado de no hacer una comparacion entre mis puntos de vista y los de otros filosofos legales y politicos, ya sean clasicos o contemporane-os, o de sefialar cuanto han influido o que he extraido de sus trabajos. Tampoco es este libro un estudio de las tiltimas ideas en jurisprudencia. Si hago un estu-dio detallado de varios puntos de vista modernos en la teoria legal, incluyendo el positivism° legal "suave", el analisis economico del derecho, el movimiento de los estudios legates crificos y las teorias "pasivas" e "intencion de los autores" del derecho constitucional norteamericano. Sin embargo, toco estos puntos por-que sus postulados tienen que ver con mis argumentos, y niego por completo a muchos filosofos legales cuyo trabajo es de igual o mayor importancia.

Frank Kermode, Sheldon Leader, Roy McLees y John Oakley, cada uno de ellos ley6 una parte sustancial del borrador del libro y brindaron extensos co-mentarios. Su ayuda es invalorable: cada uno me ahorro serios errores, contri-buyeron con ejernplos importantes, vieron cuestiones que habia pasado por alto y me hicieron volver a pensar ciertos argumentos. Jeremy Waldron ley° y mejo-ro el Capitulo 6, y Tom Grey hizo lo mismo con el Capitulo 2. La mayor parte de las notas, a excepcion de las largas notas textuales, fueron preparadas por Wi-ffiam Ewald, William Riesman y, en especial por Roy McLess; cualquier valor que el libro pueda terser como fuente de referencia es gracias a ellos. Agradevo el generoso apoyo del Fondo de InvestigaciOn Filomen D'Agostino y Max E. Greenberg de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. Agradez-

co tambien a David Erikson de Xyquest, Inc. quien se ofrecio a hacer adaptacio-°table programa de procesarniento_de_tesa__firma, XyWrite III, para que pudiera utilizarlo en la preparacion de este libro. Peg An-derson de la Harvard University Press me ayudo y sufri6 mucho al tolerar cam-bios hasta el tiltimo momento.

Asimismo, debo agradecimientos *mas* difusos. Mis colegas de la comuni-dad de jurisprudencia de Gran Bretafia, en particular John Finnis, H. L A. Hart, Neil MacCormick, Joseph Raz y William Twining que han sido pacientes tu-tores de un alumno torpe y mis amigos de la Escuela de Derecho de la Univer-sidad de Nueva York, en especial Lewis Kornhauser, 'William Nelson, David Richards y Laurence Sager quienes han sido una fuente constante de discerni-miento y consejos imaginativos. Y por sobre todas las cosas, agradezco a los po-derosos criticos que tuve la suerte de atraer en el pasado; este libro podria ha-ber estado dedicado a ellos. Responder a las criticas ha sido para mi el trabajo Inas productivo de todos. Espero volver a tener la misma suerte.

1. Que es el derecho?

iPor que importa?

Importa Ia forma en que los jueces deciden los cases. Importa mas a todas las personas sin suerte o litigiosas o perversas o lo suficientemente santas coma pars encontrarse en una corte. Learned Hand, que fue uno de los mejores y mas famosos jueces norteameric.anos, dijo que le temia mas a un juicio que a la muerte o a los impuestos. Los casos criminales son los mas aterrad ores de todos, pero tambien son los que al pUblico mas fascinan. Sin embargo, los juicios chiles, donde una persona pide una compensacion o algtin tipo de proteccion a °Ira por alguna lesion anterior o amenazante son los mas consecuentes de todos excepto los juicios criminales mas graves. La diferencia entre dignidad y mina puede revertir un argumento que pudo no haber golpeado con Ia misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro dia Las personas pueden ganar o perder mas per el asentimiento de un juez que per cualquier acto general del Congreso o Parlamento.

Los juicios son tambien importantes en otro aspecto que no puede medirse en dinero, ni siquiera en libertad. Es inevitable la dimension moral de una action ante la justicia y por lo tanto, el riesgo de alguna forma distintiva de injusticla publics. Un juez no debe solo decidir quien recibira que, sine quien se ha comportado bien, quien ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano, y (mien, en forma intentional, o por codicia o insensibilidad ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto a los demas, o exagerado las de los demas con respecto a si mismo. Si este juicio no es justo, entonces la comunidad ha infligido un dam moral a uno de sus miembros porque en cierto grade o cierta dimension lo ha signado como un proscrito. El dario es aun mayor cuando se condena por un crimen a una persona inocente, pero es bastante sustancial cuando on demandante con un reclamo justo es echado de la corte, o un acusado sale con un estigma que no merece.

Estos son los efectos directos de un juicio sobre las partes y sus dependientes. En Inglaterra y Estados Unidos, entre otros lugares, las decisiones judiciales afectan tambien a muchas otras personas porque la ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es. Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, per ejemplo, son muy conocidas y tienen gran importancia en este sentido. Dicha Corte tiene el poder de denegar hasty las decisiones mas deliberadas y populares de otros departamentos del gobierno si tree que se oponen a la Constitution y per lo tanto, tiene la ultirna palabra sobre si los Estados

cuestion de hecho, parece lo suficientemente Clara. Si los jueces no estan de acuerdo sobre los sucesos reales, historicos en controversia, sabemos sabre que no estan de acuerdo y que tipo de evidencia resolveria la cuestiOn si estuviera disponible. La tercera cuestion, de moralidad y fidelidad, es diferente pero tambien conocida. La gente suele estar en desacuerdo sabre lo correcto y lo incorrecto desde el punto de vista moral, y e1 desacuerdo moral no presents ningtin problema especial cuando surge en una ca-tp eern qtg sucede con la segunda cuestion, la cuestion de derecho? Abogados y jueces parecen estar con frecuencia en desacuerdo sabre el derecho que gobierna un caso; parecen no coincidir ni siquiera en las pruebas correctas que deben utilizar. Un juez, que propane una serie de pruebas, sostiene que el derecho favorece al distrito escolar o al empleador, y otro, que propane una serie distinta, sostiene que favorece a los alumnos o at empleado. Si este es en realidad un tercer y claro tipo de argument°, diferente de los argumentos sabre el hecho historic° y de los argumentos morales, eque tipo de argumento es? iSobre que es el desacuerdo?

Denominemos "propuestas de ley" las distintas declarations que hate la gente sobre lo que la ley les permite, prohibe o autoriza tener. Las propuestas de ley pueden ser muy generales: "la ley prohibe a los estados negar a cualquier persona igual protection dentro del sentido de la decimocuarta enmienda" o, mucho menos general, "la ley no proporciona compensation par las lesiones causadas por la negligencia de otro compahero de trabajo" o, en forma bien concreta, "la ley determina que Acme Corporation compense a John Smith por el daft° sufrido en su empleo el mes de febrero pasado". Abogados, jueces y genie corriente piensan por to general que algunas propuestas de ley pueden ser, por la menos, verdaderas o falsas. (5) Pero ninguno piensa que pueden dar parte de las declaraciones de alguna *figura* fantasmal: no tratan sabre lo que la Ley les susurrO a los planetas. Es cierto que los abogados hablan sabre lo que "dice" la ley o sobre si la ley es "silenciosa" con respecto a una cuestiOn u otra. Pero estas no son mss que formas de expresion.

Todos piensan que las propuestas de ley son verdaderas o falsas (o ninguna de las dos cosas) en virtud de otros tipos de propuestas, mss conocidas, donde estas propuestas de ley son (por asi decirlo) parasitas. Estas propuestas mss conocidas proporcionan lo que denominare la "base" *de* la ley. La mayoria de la genie cree que la propuesta de no manejar a mss de 88 kilo metros por hora en California es verdadera porque la mayoria de legisladores de dicho Estado dijo "si" o alzO la mano cuando un texto a dicho efecto apareciO en sus escritorios. No podria ser verdadero si nada de eso hubiese ocurrido; entonces, no podria ser verdad solo en virtudo de

lo que alguna figura fantasmal haya dicho o de lo que se encontro en tablas trascendentales en el cielo.

Podemos distinguir dos tipos de desacuerdo que podria existir entre abogados y jueces acerca de una propuesta de ley. Pueden estar de acuerdo sabre el fundamento del derecho (sabre cuando la verdad o falsedad de otras propuestas mss conocidas hacen que una propuesta de ley en particular sea verdadera o falsa), pero no sabre el hecho de si estos fundamentos se ven satisfechos en alcaso en particular. Abogados y jueces pueden estar de acuerdo, por ejemplo, en que el limite de velocidad en California es de 88 km por hora si el codigo de leyes oficial de California contiene una ley a dicho efecto, pero no sabre si ese es el limite de velocidad porque no estan de acuerdo en si en realidad el codigo contiene dicha ley. 0 bien pueden disentir sabre el fundamento del derecho, sabre que otros tipos de propuestas, cuando son verdaderas, hacen que una propuesta particular sea verdadera. En un sentido empirico, pueden estar de acuerdo sabre lo que el codigo de leyes y las decisiones judiciales del pasado tienen que decir sabre la compensation por lesiones a un companero, pero dis-

"crean una nueva ley" cads vez que deciden un caso importante. Anuncian una disposicion, principio, calificacion o elaboracion (que la segregation es inconstitucional o que los trabajadores no pueden cobrar por lesiones a compalieros, por ejemplo) que nunca habia sido declarada antes en forma oficial. Pero par lo general, ofrecen estas nuevas declarations de derecho como informes mejorados de aquello que el derecho, bien comprendido, ya es. En otras palabras, sostienen que la nueva declaration es requerida para una corrects perception de los verdaderos fundamentos del derecho a pesar de que esto no haya sido reconocido antes e incluso haya sido negado. De modo que el debate ptiblico sobre si los jueces "descubren" o "inventan" la ley es en realidad sabre si ese reclanno es verdadero y cuando lo es. Si alguien dice que los jueces descubrieron la ilegalidad de la segregation escolar, cree en realidad que la segregation era ilegal antes de la decision que dice que lo es, a pesar de que ninguna carte lo habia dicho antes. Si dice que inventaron esa ley, se refiere a que la segregacien no era ilegal antes, que los jueces cam biaron la ley por decision propia. Este debate seria bastante claro, y podria solucionarse con facilidad, al menos caso par caso, si todos estuvieran de acuerdo sabre que es la ley, si no existiera un desacuerdo teorico sobre los fundamentos del derecho. Entonces, seria facil verificar si Ia ley antes de la decision de la Corte Suprema era en realidad lo que dicha decision dijo que era. Pero dado que abogados y jueces disienten en forma teenica, el debate sabre si los jueces hacen a encuentran la

ley es parte de dicho desacuerdo, a pesar de que no contribuye en nada a su reso- lucion-porque vprdadera cuestion nunca sale a la superficie.

La perspectiva del hechc. evidente

Por increible que parezca, la jurisprudencia norteamericana no tiene ninguna teoria plausible sobre el desacuerdo teorico en derecho. Es obvio que los filosofos del derecho son conscientes de que el desacuerdo teorico es problematico, y que no resulta claro en forma inmediata saber de que tipo de desacuerdo se trata. Sin embargo, la mayoria de ellos han acordado to que pronto veremos es mas una evasion que una respuesta. Sostienen que el desacuerdo teorico es una ilusion, que en realidad, abogados y jueces estan de acuerdo sobre los fundamentos del derecho.

Denominare a esto el punto de vista "evidente" de los fundamentos del derecho; he aqui una declaration preliminar de sus principales postulados. El derecho es solo aquello que las instituciones legales, tales como legislaturas, concejos municipales y cartes, han decidido en el pasado. Si alguna persona denlro de dichas categorias ha decidido que los trabajadores pueden cobrar compensacion por lesiones ocasionadas por la negligencia de un companero de trabajo, entonces, esa es la ley. Si ha decidido lo contrario, esa es la ley entonces. Es asi coma siempre pueden responderse las preguntas sabre el derecho, buscando en los libros donde se registran las decisiones institucionales. Por supuesto que requiere un entrenamiento especial saber donde buscar y coma comprender el arcano vocabulario con que estan escritas las decisiones. El lego no posee este entrenamiento ni este vocabulario, pero si los abogados y par lo tanto, no puede =stir una controversia entre ellos sabre si la ley otorga una compensation par lesianes ocasionadas par un compariero, par ejemplo, a menos que algunos de ellos hayan cometido un error empiric° sobre lo que se ha decidido en el pasado.

"El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que deberia ser. eEntonces par que a veces abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teorico sobre el derecho? Porque cuando parecen disentir en forma teorica sabre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que deberia ser. Su desacuerdo es sabre cuestiones de moralidad y fidelidad y no sabre derecho."

La popularidad de este punto de vista entre teoricos del derecho ayuda a explicar por que los legos, cuando piensan en las cartes, se preocupan mas pot la fidelidad a la ley que por lo que la ley es en realidad. Si los jueces se dividen en un gran caso y su desacuerdo no puede ser sobre cuestiones de derecho porque el

derecho es una cuestion de hecho evidente arreglado con facilidad entre abogados bien informados, una de las partes debe estar desobedeciendo o ignorando la ley, y este debe ser el lado que apoya una decision que es nueva en el sentido trivial. De modo que la cuestion de fidelidad es la cuestion que requiere discusion ptiblica y la atencion del ciudadano observad or. La opinion mas popular, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, insiste en que los jueces

fesionales. Estos son los estandartes, desgastados con el servicio, de las cruza-

"4"1"tte-fa jurisprudencia.

Algunos abogados academicos llegan a conclusiones radicales acerca de Is ofisticada version del punto de vista del hecho evidente del derecho. (6) Afirman que las decisiones institucionales son muy raras, ambiguas o Incompletas, pero a menudo, inconsistentes e incluso incoherentes. Concluyen que nunca hay una ley sobre cualquier topic° o cuestiOn, sino que los jueces retoricos suelen disfrazar decisiones dictadas en realidad por preferencias ideologicas o de clase. La carrera que he descrito, desde Is creencia del lego de que el derecho esta en todas partes hasta el descubrimiento burlOn del cinico de que no esta en ninguna, es el curso natural de la conviction una vez que aceptamos el punto de vista del hecho evidente y su reciamo evidente de que el desacuerdo teorico no es mas que politica disfrazada. Cuanto mas aprendemos sabre el derecho, mas nos convencemos de que nada importante sobre el es del todo cutible.

Debo agregar que no todos aceptan el punto de vista del hecho evidente. Es muy popular entre los legos y escritores academicos cuya especialidad es la filosofia del derecho. Pero es rechazado entre abogados y jueces precavidos. Cuando se les pregunta en un tono grave que es el derecho, pueden respaldar el cuadro del hecho evidente como una parte de la jurisprudencia formal. Pero cuando no estan en guardia cuentan una historia diferente y mas romantica. Afirman que el derecho es instintivo mas que explicito en doctrina, que puede ser iden- tifi cado solo par tecnicas especiales, mejor descritas en forma impresionista e incluso, misteriosa. Dicen que juzgar es un arte y no una juez mezcla analogia, habilidad, sabiduria politica y el sentido de su rol en una decision intuitiva, que "comprende" mejor el derecho de lo que puede explicarlo, de modo que su opinion esa ita, por cuidadosamente razonada que este', ja mas capta Coda su perspicacia. (7)

A menudo agregan lo que creen es una modesta renuncia. Sostienen que no hay respuestas correctas sino respuestas diferentes a las dificiles preguntas del derecho, que la perspicacia es al fin subjetiva, que es solo to que parece correct°, para mejor o pars peor, al juez de turno. Sin embargo, esta modestia contradice de hecho lo que dijeron en primer lugar, porque cuando por fin los jueces se deciden por una u otra cosa, creen que sus argumentos son mejores y no solo diferentes de los argumentos contrarios; a pesar de que puedan pensarlo con humildad, mientras desean que su confianza fuese mayor o el tiempo para tomar una decisiOn, mas largo, esto es, sin embargo, lo que creen. En esta y otras formal, el romAntico punto de vista de la "habilidad" results insatisfactono; le falta estructura y se contenta demasiado con los misterios de los que goza como para contar como cualquier teoria desarrollada sobre que trata el argumento legal, Necesitamos disciplinar la idea del derecho como una habilidad, para ver como la estructura del instinto judicial es diferente de otras convicciones que Is gente tiene sobre el gobierno y la justicia.

Todavia no he ofrecido las razones por las que sostengo que el punto de vista del hecho evidente dominante desde la perspectiva academica del derecho es mas una evasion que una teoria. Necesitamos ejemplos reales sobre el desacuerdo teorico, y pronto los proporcionare. Pero si tengo razon, estamos en una mala situation. Si legos, profesores de jurisprudencia, abogados laborales y jue-

en silencio y haciendola mas precisa all donde es vaga.

Nada de esto habilita at punto de vista del hecho evidente, que el derecho siempre una cuestion de hecho historic° y nunca depende de la moralidad. SO agrega que en algunas ocasiones, abogados preparados pueden descubrir que no existe derecho. Toda pregunta sobre que es la ley sigue teniendo una respuesta histOrica, a pesar de algunas respuestas negativas. Luego, se reemplaza la cuestion de la fidelidad con una cuestion diferente, tambien diferente de la cuestion del derecho, a la que podemos Ilamar la cuestion de enmienda. iQue deben hacer los jueces ante la ausencia de ley? Esta nueva pregunta politica da lugar a una division de opiniones muy parecida a Ia division original sobre la cuestiOn de is fidelidad. Los jueces que no tienen mas election que hacer una nueva ley pueden Ilevar diferentes ambiciones a dicha empresa. eDeben Ilenar los espacios con cautela, tratando de conservar lo mas posible el espiritu del derecho vecino? ¿o deben hacerlo en forma democratica, tratando de llegar al resultado que creen representa la voluntad del pueblo? e0 aventurera, tratando de que la nueva ley sea tan justa y precisa como sea posible, seem su opinion? Ca- da una de estas diferentes attitudes tiene sus partidarios en las aulas de Ia facultad de derecho y en los discursos en las reunions de las organizaciones pro-

dicha prat

t-eca. Nccesitafnas una teoria social del d - 66 • -

por dicha razan. Las teorias que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones supuestamente mayores de historia y sociedad son por consiguiente perversas. Ignoran preguntas acerca del caracter interno del argumento legal, de modo que sus explicaciones son pobres y defectuosas, al igual que innumerables historias de matematica, esten escritas en el lenguaje de. Hegel o en el de Skinner. Pienso que fue Oliver Wendell Holmes quien argumento en forma mas influyente por este tipo de teoria del derecho "externa" (9); la desalentadora historia de la jurisprudencia socio-teorica de nuestro siglo nos demuestra que estaba equivocado. Seguimos aguardando una iluminacion, y mientras lo hacemos, las teorias se van tornando mas programaticas y menos esenciales, mas radicales en teoria y menos criticas en la practica.

Este libro toma el punto de vista interno, el de los participantes; trata de captar el caracter argumentativo de nuestra practica legal uniendose a Ia practica y luchando con las cuestiones de entereza y verdad que enfrentan los participantes. Estudiaremos el argumento legal formal desde el punto de vista de los jueces, no porque solo los jueces son importantes o porque comprendemos todo sabre eilos at observar to que dicen, sino porque el argumento judicial sabre reclamos de derecho es on paradigma util para investigar el aspecto central, con caracter de propuesta de la practica legal. Ciudadanos, politicos y profesores de derecho tambien se preocupan y discuten sobre que es el derecho, y podria haber tornado sus argu mentos como nuestros paradigmas en lugar del de los jueces. Pero la estructura del argumento judicial es tipicamente mas explicita, y el razonamiento judicial tiene una influencia sobre otras formas del discurso legal que no es totalmente reciproco.

El mundo real

Necesitamos tin descanso de la intimidadora abstraction de estos comentarins introductorios. Ahora tratare de demostrar como la tesis del hecho evidente distorsiona la practica legal, y comienzo describiendo algunos casos reales decididos por jueces en los Estados Unidos e Inglaterra.

Todos son casos famosos, at menos entre los estudiantes de derecho, y siguen tratandose en las clases. Los expongo aqui, todos juntos, par varias razones. Introducen varios terminos juridicos para los lectores que no poseen un en-trenamiento legal. Proporcionan amplios ejernplos para los distintos argumentos y discusiones de futuros capitulos. Y espero que proporcionen tambien, en una forma mas general, algtin sentido al tono y la textura reales del argumento legal. Esta Ultima razon es la mas importante, porque al fin todos mis argumentos son rehenes del sentido de cada lector sabre lo que sucede y puede suceder en una corte.

El caso Elmer

Elmer asesino a su abuelo (lo enveneno), en Nueva York en 1882. (10) Sabia que el testamento de su abuelo le dejaba la mayor parte de su fortuna pero sospechaba que el anciano, que acababa de volver a casarse, cambiaria el testamento y no le dejaria nada. El crimen de Elmer fue descubierto; Elmer fue condenado y sentenciado a un termitic, de aims en prision. Jenia derecho a la herencia que el ultimo testamento de su abuelo le proporcionaba? Los herederos universales bajo el testamento, aquellos con derecho a la herencia si Elmer moria antes que su abuelo, eran las hijas del abuelo. Sus nombres no fueron registrados de modo que las llamare Goneril y Regan. Elias iniciaron una demanda al albacea del testamento pidiendo que la propiedad pasara entonces al poder de ellas en lugar de Eimer. Afirmaban que como Elmer habia matado al testador, el padre de ellas, la ley no le otorgaba nada a Elmer.

El derecho sabre los testamentos figura, en su mayor parte, en estatutos especiales, llamados a menudo estatutos de testamentos, que estipulan la forma que debe tener un testamento para ser considerado valid() ante Ia ley: cuantos y que tipos de testigos deben firmar, cud] debe ser el estado mental del testador, coma puede el testador revocar a cambiar un testamento una vez otorgado, etcetera. El estatuto de testamentos de Nueva York, al igual que la mayoria de estatutos en vigor en aquella epoca, no contenia nada explicit° sobre si una persona instituida en el testamento podia heredar segtin sus terminos si esta habia asesinado al testador. El abogado de Elmer sostenia que coma el testamento no violaba

ninguna de las ciausulas explicitas del estatuto, este era valid° y como Elmer era instituido heredero en **un** testamento valid°, debia heredar. Declard que si Ia corte fatlaba a favor de Goneril y Regan estaria cambiando el testamento y sustituyendo sus propias convicciones morales par la ley. Todos los jueces del Tribunal Superior convinieron en que su decision debia estar de acuerdo con la ley. Ninguno nee. el hecho que que si el estatuto de testamentos, correctamente interpretado, otorgaba la herencia a Elmer, debian ordenarle at albacea que se la entregara. Ninguno dijo que en ese caso se debia reformar la ley en el interes de la justicia. No estaban de acuerdo sobre la solution corre·cta del caso, pero su desacuerdo (a al menos eso parece al leer sus opinions) era sobre cual era la ley en realidad y sabre que requeria el estatuto cuando se lo leia como correspondia.

eComo se puede tener el texto del estatuto delante de si y estar en desacuerdo sobre to que en realidad significa, sobre que ley ha hecho? Debemos distinguir los dos sentidos de la palabra "estatuto". Puede describir una entidad fisica de un cierto tipo, un document° con palabras impresas, las mismas palabras que los congresales o miembros del Parlamento tuvieron delante de si cuando votaron para sancionar ese document°. Pero tambien se la puede utilizar para describir la ley creada por la sancian de dicho documento, lo que puede ser un asunto mas complejo. Consideren la diferencia entre un Poema concebido como una serie de palabras que pueden ser habladas o escritas y un poema concebido coma la expresion de una teoria metafisica o punto de vista en particular. Todos los criticos literarios estan de

acuerdo sobre lo que es el poema *"Sailing to Byzantium",* en el primer

sentido. Egan de acuerdo en que es una serie de palabras designadas como dicha poeina por W. B. Yeats. Sin embargo, disien ten sobre lo que el poema es en el segundo sentido, es decir, sobre lo que el purllla aignifk,a u quiet u dueir. Disienten en corn tar el poema "real". el poema en el segundo sentido, a partir del texto, el poema en el primer sentido.

Del mismo modo, los jueces ante un estatuto necesitan interpretar el `verdadero" estatuto, una declaration de cual es la diferencia clue establece el estatuto con respecto a los derechos legates de varias personas, a partir del texto en el código de leyes. Al igual que los criticosliterarlos necesitan una teoria adecuada, o al menos un estilo de interpretation para poder interpretar el poema detras del texto, los jueces necesitan algo asi como una teoria de legislacidn para hacer lo mismo con los estatutos. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en los cadigos de leyes sufren de algtin defecto semantic(); cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Sin embargo, una teoria de legislation tannbien resulta necesa• ria cuando las palabras son, desde el punto de vista linguistic°, impecables. Las palabras del estatuto de testamentos que figuraban en el caso Elmer no eran ni vagas ni ambiguas. Los jueces no estuvieron de acuerdo sobre el impact° de estos palabras en los derechos legales de Elmer, Goneril y Regan porque no estaban de acuerdo en coma interpretar el verdadero estatuto en las circunstancias especiales del caso.

La opinion disidente, escrita por el juez Gray, argumentaba en favor de una teoria de legislation mas popular entonces de lo que es ahora. A veces, esta teoria se denomina de interpretation literal", a pesar de que esta no es una descripcion muy clarificadora. Propane que se de a las palabras de un estatuto lo que podriamos Ilamar su significado fuera de contexto, es decir, el significado que les asignariamos si no supieramos nada sobre el contexto de su use o de las intenciones de su autor. Este metodo de interpretation requiere que no se haga ninguna aclaracion con respect° al contexto en el lenguaje general, de modo que el juez Gray insistio en que el verdadero estatuto, construido correctamente, no contenia ninguna excepcitin para asesinos. Vota a favor de Elmer.

Los estudiantes de derecho que en la actualidad leen su opinion sienten un desprecio por esa forma de interpretar un estatuto a partir de un texto; dicen que es un ejemplo de jurisprudencia mecanica. Pero el argument° del juez Gray no tenia nada de nnecanico. Hay mucho que decir (parte de lo cual si lo dijo) sabre su metodo para interpretar un estatuto, al menos en el caso de un estatuto de testamentos. Los testadores deben saber el tratamiento que recibiran sus testamentos cuando ya no tengan vida para poder ofrecer nuevas instructions. Tat vez, el abuelo de Elmer hubiera preferido que su propiedad pasara a Goneril y Regan en el caso de que Elmer lo envenenara. 0 quiza no: podria haber pensado que Elmer, a pesar del asesinato, seguia siendo un mejor objeto para su generosidad que sus hijas. Seria aconsejable que en el futuro los jueces aseguraran a sus testadores que el estatuto de testamentos sera interpretado en la Ramada forma literal, de modo que los testadores puedan efectuar los arreglos que deseen, con la confianza de que sus disposiciones, por divertidas que parezcan, seran respetadas. Ademas, si Elmer pierde su herencia solo porque es un asesino, es un castigo mas, ademis de la cartel, por su crimen. Un principio importante de la justicia es que el castigo por un crimen determinado debe set establecido con anterioridad por la legislatura y no aumentado par los jueces una

Elmer no recibio su herencia. Utilizare este caso para ilusu-ar varios puntos diferentes en el argumento que sigue, pero lo mas importante es lo siguiente: la disputa sobre Elmer no se trataba de si los jueces deben seguir la ley o ajustarla a los intereses de la justicia. Por lo menos no lo era si tomamos las opiniones que describi en valor nominal y (tal como lo presentare mas adelante), no tenemos justificacion alguna para tomarlos de otro modo. Fue una disputa sobre que el derecho, que decia en real idad el estatuto verdadero que los legisladores pro. mulgaron.

*El caw del snail darter**

Ahora paso a describir un case mas reciente, a pesar de que lo hare en form ma s concreta, para poder demostrar que este tipo de disputa sigue ocupandol los jueces. (13) En 1973, durante un periodo de gran preocupacion nacional pa la conservacion, el Congreso de los Estados Unidos promulgo el Acta de la Especies en Peligro. Faculta al secretario del interior para designar las especies que, en su opinion, se verian *en* peligro par la destruccion de un habitat q considera crucial para su supervivencia y luego pide a todas las agen departamentos g-ubernarnentales que consideren "necesaria dicha accion asegurar que las acciones autorizadas, solventadas o llevadas a cabo por ellos no pongan en peligro la existencia de dichas especies en peligro.- (14)

Un grupo de conservacionistas con base en Tennessee estuvieron oponiet dose a los proyectos de construccion de diques de la Tennessee Valley Autha: ity, no porque representara una amenaza para las especies sino porque estok proyectos alteraban la geografia de la zona, convirtiendo fluidos c-ursos de ago en presas angostas y desagradables para producir un aumento innecesario (oil menos eso creen los conservacionistas) de energia hidroelectrica. Los con vacionistas descubrieron que uno de los diques de la TVA que estaba terminado y cuyo costo superaba los cien millones de dolares, podia destruir . tinico habitat del *snail darter,* un pez de ocho centimetros sin una belleza parficu lar, un interes biolOgico o una importancia ecologica general. Convencieron ll' secretario para que designara al *snail darter* como una especie en peligro y ok; guiera los procedimientos para impedir que el dique fuera terminado y utilizad4'

La autoridad sostuvo que el estatuto no debia ser interpretado para evitart terminacion u operacion de cualquier proyecto sustancialmente terminafk., cuando el secretario presento la order'. Dijo que la frase -acciones autorizadat solventadas o llevadas a cabo" tenia que ser considerada con referencia 0; comienzo de un proyecto y no a la

terminacion de un proyecto ya empezado 41 antes. Apoyaba su reclamo sefialando varios actos del Congreso, todos tomadal, despues de que el secretario habla declarado que la terminackin del digit! destruiria *al snail darter,* lo que sugeria que el Congreso deseaba que IC terminara el dique a pesar de la declaracion. El Congreso habia autorizado d forma especifica fondos para continuar con el proyecto clespues de 11. designacion del secretario y varios de sus comites declararon de maned. especifica y reiterada que no estaban de acuerdo con el secretario. ati

aceptaban ia interpretacian de La au tondad con **respect° al estatuto y deseaban -que el proyecto confaxuara:**

Sin embargo, la Corte uprema ardent) que se detuviera la construccion del **clique, a** pesar del inmenso gasto de los **rondos ptiblicos. (El Congreso entonces pron2u1g6 un** nuevo estatuto que establecia **un procedimiento general para la exencion del acta, basado en los descubrimientos de una junta de revision.) (15) presidente de la Corte Suprema, Warren Burger, escribi6 su opinion para la mayoria de los magistrados. Dijo, en palabras que recuerdan la opinion del juez Gray en el caso Elmer, que cuando el texto es claro, la Corte no tiene derecho a negarse a aplicarlo solo porque considere tonto resultado. Sin embargo, los tiempos cambian** y **la opinion del presidente de la Corte Suprema tenia una gran diferencia con respecto a la del juez Gray. Burger reconocia la importancia de la intenciOn delCongreso sobre la decision sobre que estatuto habia hecho el Congreso. Pero no aceptaba el principio de F-arl sobre la forma en que la intencion del Congreso es relevante. Se negO a considerar** La **prueba contrafactica que analisis de Earl tornaba decisiva "No nos corresponde", dijo, "especular y mucho menos actuar, sobre si el Congreso habria alterado su posicion si se hubieran anticipado los sucesos especificos de este caso." (16)**

En lugar de ello, adopt6 lo que denomine, al discutir opinion de Earl, la version excesivamente debil de la idea de que los jueoes que construyen un es-tatuto deben respetar las intenciones de la legislatura. Esa versiOn dice lo siguiente: si el

Varieflarl perc:i norlearnericana

sigrnificado fuera de context° de las

surgieron bajo un estatuto. La decision en cada case dependia de la mejor interpretation de un estatuto real a partir de un, texto legislativo en particular. Sin embargo, en muchos juicios, el demandante0 no apela a ningtin estatuto sino a decisiones anteriores de otras cortes. Declara que el juez en su case debe seguir las disposiciones establecidas en estos cases anteriores, lo que requiere, segtin su reclamo, un veredicto para el. McLoughlin era de este tipo.

El esposo de la senora McLoughlin y sus cuatro hijos resultaron heridos en un accidente automovilistico en Inglaterra, alrededor de las dieciseis horas del 19 de octubre de 1973. Ella se entero del accidente estando en su casa gracias a un vecino, cerca de las dieciocho horas y se dirigiO de inmediato al hospital, donde se entero de que su hija habia muerto y de que el estado de su esposo y de sus otros tres hijos era grave. Sufrio un colapso nervioso y luego inicio juicio al conductor acusado, cuya negligencia habia causado el accidente, asi como a, otras partes comprometidas en el hecho en distintas formas, en compensacio de sus danos emocionales. Su abogado serial?) varias decisiones anteriores de cones inglesas que otorgaban compensaciOn a personas que habian sufrid

a

danos emocionales al ver los graves dafios causados a un familiar cercano. Per en todos estos casos, el demandante habia estado presente en la escena del accidente o llegado alli a los pocos minutes. En un case de 1972, por ejemplo, una es-,: posa cobra (gang una compensation) por claims emocionales; ella habia estado junto al cadaver de su marido inmediatamente despues del fatal accidente. (19) En 1967 un hombre, que no estaba relacionado con ninguna de las victimas de un cheque de trenes, trabajo durante varias horas tratando de rescatar a las vic Limas y sufrio un colapse nervioso a raiz de la experiencia. Le fue otorgada una reivinclicaciOn. (20) El abogado de la senora McLoughlin sc apoyd en estos

cases como precedentes, decisiones que habian (armada parte de la ley de que persuiraserrstrpersicion tienen derecho a reeibir-una compensttao fl.

Los abogados ingleses y norteamericanos hablan de la doctrina del precedente; se refieren a la doctrina en la que las decisiones de casos anteriores lo suficientemente parecidos a un nuevo case deben ser repetidas en el nuevo caso. Sin embargo, hacen la distincion entre lo que llamariamos una doctrina de precedente estricta y una moderada. La doctrina estricta obliga a los jueces a seguir las decisiones anteriores de otras cones (per lo general, cones per encima de ellos, aunque a veces, en el mismo nivel en la jerarquia de cones de su jurisdiccion), aun si creen que dichas decisiones no fueron correctas. La forma exacta de la doctrina estricta varia de un lugar a otro; es diferente en los Estados Unidos yen Inglaterra y tambien difiere de un Estado a otro en el primer° de estos dos paises. Segtin la opinion de la mayoria de los abogados de la doctrina estricta en Inglaterra, el Tribunal de Apelacion, que se encuentra justo debajo de la Camara de los Lores en autoridad, no tiene otra election que seguir sus propias decisiones anteriores, pero los abogados norteamericanos niegan que las cortes comparables en su jerarquia sufran estas restrictions. Los abogados dentro de una jurisdiction en particular disienten a veces sobre los detalles, per lo menos, de la doctrina estricta tal como les corresponde a ellos: la mayoria de los abogados norteamericanos cree que las cones federales inferiores deben seguir en forma absoluta las decisiones anteriores de la Corte Suprema, pero algunos discu ten

hacen frente ahora. De todas maneras, ese no fue el punto mas polemic° del
-ease-M4Lougkilia.-Sear-ual -fttere la opinion de los_abogadoacercadelear,kt$_{o}$--$_{ier}$

en la forma que to habia sido para las demas personas. Los jueces de Inglaterra y de los Estados Unidos siguen el principio del derecho comtin: las personas que act sin cuidado son responsables solo por danos razonablemente previsibles hacia otros, danos que una persona razonable anticiparia si reflexionara sobre el asunto. El juez procesal se vela obligado por la doctrina del precedente a reconocer que el dano emotional causado a familiares cercanos en la escena del accidente es razonablement4 previsible, pero dijo que el darn) a una madre que vio los restlltados del accidente mas tarde no lo es. De modo que penso que podia distinguir los precedentes putativos de esa forma y fallo en contra del reclamo de la senora McLoughlin.

Ella apelO la decision en la torte que le seguia en la jerarquia inglesa, el_:Tribunal de Apelacion. (23) Esa cone confirm:5 la decision del juez procesal (rechazo el reclaim) de la senora McLoughlin y sostuvo decision del juez_ procesal) pero no basada en el argumento que habia utilizado. El Tribunal de Apelacion dijo que era razonablemente previsible que una madre corriera al hospital para ver a su familia herida y que sufriera un colapso emotional al verbs en la condition que los habia hallado. Esa Corte distinguio los precedentes no sabre esa base sino por una razon muy diferente de que aquello que denoms naba "politica" justificaba una distincion. Los precedentes habian establecido responsabilidad por datios emocionales en algunas circunstancias restringidas, pero el Tribunal de ApelaciOn dijo que al reconocer un campo de responsabilei dad mas amplio que incluia los claims a familiares no presentes en la escena, ten• dria una variedad de consecuencias adversas para to comunidad en su comunto. Esto daria lugar a muchos mas juicios por dafios emocionales y exacerbaria el problema de la congestion en las tortes. Abriria nuevas oportunidades para reclamos fraudulentos de personas que no habian sufrido ningim dano emocio- nal pero que habian ballad° medicos que testificaran lo contrario. Aumentaria el costa del seguro de responsabilidad civil, haciendo asi que el conducir fuese mas costoso v tai vez impidiendo por ello que las personas rnenos pudientes

puedan conducir un automovii. Los reclamos de aquellos que habian sufrido • $d_a d_{er}$os daflos emocionales fuera de la escena del accidente serian dific4es de probar y las incertidumbres del litigio podrian complicar su condition y retrasar su recuperation.

La senora McLoughlin volvie a apelar la decision una vez mas, ante la canoara de los Lores, la que revoce el fallo del Tribunal de ApelaciOn y ordeno un nuevo juicio. (24) La decision fue unanime, pero sus seftorias no estuvieron de acuerdo en lo que ilamaron el verdadero estado de la ley. Muchos de epos dijeron que las razones politicas, del tipo que habia descrito el Tribunal de ApelaciOn, podrian en algunas circunstancias ser suficientes como para distinguir una lines de precedentes y justificar asi el rechazo de un juez para extender el principio de aquellos casos a un area de responsabilidad mas extenso. Pero no pensaron que estas razones politicas tuvieran el merito suficiente ***en el*** caso de la senora McLoughlin. No creian que el riesgo de una "inundation" de litigios fuera tan grave y dijeron que las comes deberian poder distinguir los reclamos legitimos de los fraudulentos, incluso entre aquellos que sufrian un dano putativo varias horas despues del accidente. No dijeron cuando los argumentos con buena politica podrian limitar el cobro por danos emocionales; dejaron, por ejemplo, abierta la cuestion de si la hermana de la senora McLoughlin en Australia (si la tenia) podia cobrar por el colapso que podria sufrir al enterarse por carta sabre el accidente semanas o meses despues del mismo.

Dos de sus senorias adoptaron un punto de vista muy diferente del derecho. Dijeron que seria un error que las tortes negaran el cobro a un demandante meritorio por los *tipos* de razones que habia mencionado el Tribunal de Apelacion y que las otras sehorias judiciales habian reconocido coma sulicientes en tales circunstancias. Afirmaron que los precedentes deben ser considerados como distinguibles solo si los *ptincipios* morales asumidos en casos anteriores par alguna razem no se aplicaban al demandante de la misma forma. Y una vez aceptado que el dano cau sad o a una madre en el hospital varias horasdespues del accidente es razonablemente previsible para un conductor descu [dad o, no hay ninguna diferencia moral entre ambos casos. La congestion en las cones o un aumento del precio del seguro de responsabilidad civil de los automotores, por inconvenientes que puedan ser para toda la comunidad, no pueden justificar que se rechace el cumplimiento de los derechos y deberes individuates que han sido reconocidos y cumplidos antes. Explicaron que estos eran los argumentos erroneos para presentar ante los jueces como argumentos de derecho, por muy persuasivos que sean al ser dirigidos a los legisladores Para obtener un cambio en la ley. (La opinion de lord Scarman fue muy clara y fuert .e. en este punto.) El argumento entre sus sehorias revelo una diferencia de °Dimon importante sabre el rol apropiado de las consideraciones de politica al decidir el resultado que las panes pueden obtener de un juicio.

Despues de la Reconstruccion, los Estados sureaos, una vez mas en control de sus propias politicas, segregaron las escuelas con otros negros. En el famoso &viva

D·sPues de la Guerra Civil Norteamericana el Norte victorioso enmend6 la constaucton para terminar con la esclavitud y muchos de sus incidentes y [c]onsecuencias. Una de estas enmiendas, la decimocuarta, declaraba que ninRun Estado podia negar a una persona la "protecciOn equitativa de las leyes".

caso de Plessy *vs.* Ferguson el acusado argumentO, (2516 el tirtimo caso ante la Corte Suprema, que estas practicas de segregacion violaban en forma automati-ca la clansula de proteccion equitativa. La Corte rechazo su reclamo; declare) que las demandas de esa clausula eran cumplidas si los Estados proporcio-naban instalaciones separadas pero que fueran iguales, y que el solo hecho de la segregaciOn no hacia que las instalaciones fueran automaticamente desi-guales.

En 1959, un grupo de estudiantes negros de Topeka, Kansas, yob& a plantear el problema. (26) En el interin, habian sucedido muchas cosas en los Estados Unidos (muchos negros habian muerto por ese pais en una guerra reciente, por ejemplo) y la segregacion parecia ahora mas incorrecta a un mayor ntimero de personas de lo que habia sido cuando se dicta la sentencia en el caso Plessy. Sin embargo, los Estados que practicaban la segregaciOn se resistian a integraciOn con violencia, en particular en las escuelas. Sus abogados sosteni que como Plessy era un fallo de la Corte Suprema, se debia respetar precedente. Esta vez, la Corte (alto a favor de los demandantes negros. decision fue inesperadamente unanime, a pesar de que dicha unanimidad debie a una opinion, escrita por el presidente de la Corte Earl Warren, que e muchos aspectos era un compromiso. No rechazo la formula "separados iguales" por completo; en lugar ello, se apoy6 en la polemica evidenc sociologica para demostrar que las escuelas con segregaciOn racial no podi ser equitativas, por esa sola razon. Tampoco dijo abiertamente que la Co invalidaba el fano de Plessy. SOlo dijo que *si* el actual fallo era inconsistente con el de Plessy, entonces se invalidaba el fallo anterior. El compromiso ma importante, por razones practicas, estaba en el remedio que la opinion ofrecia los demandantes. No le ordeno a las escuelas de los Estados sureftos qu, terminaran con la segregaciem de inmediato sino, en una frase que se convirtio en emblema de hipocresia y dilacion, "con rapidez deliberade. (27)

La decision fue muy polemica, el proceso de integracion que fue le to y un avance significativo requeria muchas mas batallas legales, politicas e cluso fisicas. Los criticos declararon que la segregacion, por muy deplorable qu sea como una cuestion de moralidad politica, no es inconstitucional. (28) Serial ron que ! rase "proteccion equitative no decide en si misma si la segregacio esta prohibida o no, que los congresales y funcionarios estatales que redactaro sancionaron y ratificaron la Decimocuarta Enmienda no eran conscientes de educacion segregada y al parecer pensaron que su enmienda lo hacia perfec mente legal y que la decision de la Corte en el caso Plessy fue un precedente portante de un linaje casi antiguo y no podia ser dejado de lado tan a la liger Estos eran argumentos sobre los fundamentos apropiados del derecho consti clonal, no argumentos de moralidad o de enmienda: muchos de los que lo sostuvieron estaban de acuerdo en que la segregacion era igual que los otros casos citados como ejemplos. se bichO sobre cuestion de Atarechn—CLeaLLealosaa k Oarfax a fiLopiniOn piiblica a aquellos que

inmoral y que Constituciem seria un mejor document° si la prohibiera. Los argumentos d aquellos que estaban de acuerdo con la Corte tampoco eran de moralidad o.d enmienda. Si la ConstituciOn no prohibia la segregacion racial oficial, la decision en el caso Brown fue una enmienda constitucional ilicita y pocos de los que apoyaron la decisirin pensaron que estaban apoyando tambien eso. Este caso, **A**

lucharon.

Teorias semanticas del derecho

Propuestas y Andamentos del derecho

Anteriormente en este capitulo he descrito lo que denomino el punto de vista del hecho evidente del derecho. El mismo sostiene que el derecho solo depende de hechos historicos evidentes, que el tinico desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empiric° sobre que decidieron en el pasado las instituciones legales, que aquello que denomino desacuerdo teirico es ilusorio *y* mejor entendido como un argumento no sobre el derecho sino sobre lo que este deberia ser. Los casos citados en los ejemplos parecen contraejem-plos **del punto** de vista del hecho evidente: los argumentos en estos casos parecen ser sobre el derecho y no sobre la moralidad, fidelidad o enmienda. Por lo **tanto, debemos** plantearle un desafio al punto de vista del hecho evidente: epor que **insiste** en que la apariencia aqui es una ilusion? Algunos filosofos del dere-cho ofrecen una respuesta sorprendente. Sostienen que el desacuerdo teerico sobre los fundamentos del derecho deben de ser una pretension porque el sig-nifir.ado mismo de la palabra "derecho" hace *que* el derecho dependa de ciertos aiterios especificos y que cualquier abogado que rechazara o desafiara dichos criterios estaria diciendo una contradiccion sin sentido.

Los filosofos del derecho sostienen que seguimos reglas compartidas al utilizar cualquier palabra: estas reglas establecen criterios que proporcionan el significado de la palabra. Nuestras reglas para utilizar el "derecho" unen el mismo al hecho historic° evidente. Ello no quiere decir que todos los abogados conocen estas reglas en el sentido de poder formularlas en una forma comprensiva. Todos seguimos reglas fijadas por nuestro ienguaje comtin de las cuales no somos del todo conscientes. Por ejemplo, todos ufilizamos la palabra causa" en lo que aparenta ser et mismo sentido (estamos de acuerdo en cuales son los sucesos fisicos que han causado otros una vez que conocemos los hec. hos pertinentes), sin embargo, la mayoria de nosotros no tiene idea de los cntenos que usamos al formular estos juicios, o incluso del sentido con que uplizamos los criterios. Le corresponde a la filosofia explicarlo por nosotros. Es. ta cuestiOn puede presentar dificultades, y los filosofos pueden muy bien d.isentu-. Tal vez ningtin conjunto de criterios para utilizar la palabra "causa" se aluste a la perfeccian dentro de la practica ordinaria, entonces la pregunta sera que co.njunto es el que mejor se ajusta a las causas centrales del proceso causanyo. La consideraci6n de un filOsofo del concept° de causalidad no solo debe. ajustarse sino que dehe ademas ser respetable y atractiva desde el punto de vista filosofico. No debe explicar nuestro

en objetodt, debates intensos y a menudo escolisticos. Los filosofos del derecho discoU sobre si ciertas propuestas de ley, obviamente ciertas, propuestas sabre el mero **de limas** necesarias para que un testament° sea valido desde el Punta vista legal, pot- ejemplo, podian ser consideradas verdaderas en virtud de *orden* **de una persona. (Despues de todo, nadie le ha encomendado a usted.**

mi redactar un **testamento, y mucho menos uno valido.) Tambien discutieron si**

, grupo podia ser considerado soberano ausurnano en una democracia, coma sucede en los Estados Unidos, donde el pueblo retiene el poder de alterar la forma de gobierno en forma radical, enmendando la Constitucidn. Pero a pesar de que se hallaron varios defectos en la teoria de Austin, y se sugirieron muchas enmiendas y mejoras, su idea principal, que el derecho es una cuestion de decisiones historicas tomadas por personas en posiciOn de poder nunca ha perdido su fuerza en el campo de la jurisprudencia.

La nueva exposition mas importante y fundamental de dicha idea es el libro *de* **H. L. A. Hart,** *Tice Concept of Lauv* **publicado por primera vez en 1961. (31) Hart rechazaba** la justification **de Austin de La autoridad legal como un hecho bruto de orden y obediencia habituales. Dijo que los verdaderos fundamentos** del **derecho yacen en la aceptacion de la comunidad de una regla principal fundamental (el la denornin6 "regla de reconocimiento") que asigna a personas** a grupos en **particular la autoridad para hacer la ley. De modo que las propuestas de ley son verdaderas no solo en virtud de las ordenes de las personas que por lo general son obedecidas, sino en virtud de convenciones sociales que representan la aceptacion de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a dichas personas o grupos crear leyes validas. Para Austin, la propuesta de la velocidad maxima de 88 km por h ora en California es verdadera solo porque los legisladores que sancionaron dicha disposicion estaban en control alli; para Hart es verdadera porque el**

pueblo de California ha aceptado y sigue aceptando ese esquema de autoridad desplegado en las constitutions nacionales y estatales. Para Austin, la propuesta de que los conductores descuidados deben compensar a las madres que sufren datios emocionales en la escena de un accidente es verdadera en Inglaterra porque las personas con poder politico han convertido a los jueces en sus lugartenientes y adoptan en forma tacita sus ordenes coma si fueran propias. Para Hart, dicha propues.ta es verdadera porque la disposiciOn de reconocimiento que acept6 el pueblo Engles hace que las declaraciones de los jueces esten sujetas al poder de otros funcionarios (legisladores) que pueden anular dicha ley si lo desean.

La teoria de Hart., al igual que la de Austin, ha generado un intenso debate entre aquellos que se sienten atraidos per su idea basica. ZEn que consiste la aceptacion" de una disposicion de reconocimiento? Muchos oficiales de, Ia Alemania nazi obedecieron las ordenes de Hitler coma si fueran la ley, pero solo por temor. CEllo significa que aceptaban una disposicion de reconocimiento que le Perm itia hacer la ley? De ser asi, la diferencia entre la teoria de Hart y la de Austin seria evasiva, porque entonces no habria diferencia entre *un* grupo de aceP i. , nazi verdadera Personas que aceptan una disposicion de reconocimiento y el hecho de caer en una norma provista de obediencia debido al temor. De lo contrario, Si la Catkin all requiere algo mas que mera obediencia, podria decirse que en la Alemania ni no habia jurisprudencia, que ninguna propuesta de ley era afirmiana que enxdi e t n e n u c d h e a r s e c o h t r o o s a l p e u g s a r a r e s d e d e c i n u d e e s l e a a m m a a y b o o n o a p c c de las p opieuiansonas. Y entonces, la teoria de Hart no captaria canto todos los abogados utilizan la Palabra "derecho'. Muchos estudiosos se han preocupado por este y otros aspectos de la teoria de Hart, pero una vez mas, su idea basic.a, que la verdad de

opiniones sobre la ley y luego agreguen que esperan que la ley sea cambiada.

En *defensa del positivismo*

Me concentrate en el positivismo juridico porque, ta] como acabo de decir, esta es una teoria semantica que apoya el punto de vista del hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el derecho debe ser empirico en lugar de tedrico. Si el positivismo esta en lo cierto, entonces la aparicion de un desacuerdo te6rico sobre los fundamentos del derecho, en el caso de Elmer, de Ia senora McLoughlin, del *snail* darter y en el de Brown, es en cierta forma engaiioso. En estos casos, las instituciones legates anteriores no se decidieron en forma expresa por ninguna teoria, de modo que los abogados al utilizar la palabra "derecho" en forma correcta segtin el positivismo habrian acordado que no hay ningun derecho por descubrir. Su argumento debio entonces haber sido un argumento disfrazado sobre to que deberia ser en realidad el des-echo. Pero podemos volver a formular esa deduction como un argumento contra el positivismo. 2Por que entonces abogados y jueces deben pretender un desacuerdo teorico en casos como estos? Algunos positivistas tienen una respuesta pronta: los jueces pretenden no estar de acuerdo sobre que es el derecho porque el ptiblico tree que siempre hay una ley y que los jueces siempre deberian seguirla. En este punto, abogados y jueces se confabulan en forma sistematica para mantener oculta la verdad y no desilusionar al ptiblico ni despertar

La respuesta pronta no es persuasiva. Es un misterio saber por que seria necesaria una simulation o como podria tener exit°. Si los abogados estan todos de acuerdo en que no existe una ley decisiva en casos coma los citados en nuestros ejemplos, ipor que entonces esta perspectiva se volvio parte de nuestra cultura politica popular hate tiempo? Y si no lo ha hecho (si la gente sigue creyendo que los jueces siempre tienen una ley que seguir), ipor que la pro fesion debe temer corregir su error en provecho de una practica judicial mas honesta? De cualquier forma, como puede funcionar una simulation? eNlo seria facil que la parte desilusionada pudiera demostrar que en realidad no existe ninguna ley segtin los fundamentos que todos consideran ser los fundamentos correctos? *Y* si esta simulacion puede quedar expuesta con tanta facilidad, para que molestarse con la charada? Tampoco existe una evidencia en ninguno de los casos que citamos como ejemplos de que cualquiera de los abogados o de los jueces creia en realidad en lo que esta defensa les atribuye. Muchos de sus argumentos serian totalmente inapropiados como argumentos Para una enmienda o el mejoramiento de la ley; solo tienen sentido como argumentos sobre lo que deben hacer los jueces en virtud de su responsabilidad para hacer cumplir la ley tat como es. Parece extra.° describir a Gray o a Burger a favor de una reforma o mejora, porque cada uno acepto que quell° clue consideraba Ia ley estaba abierto a serial objeciones de

mte

!mparcialidad y sabiduria. Declararon que el estatuto en cuestion debia ser rpretado en cierta forma en particular a *pesar de* sus defectos evidentes.

el derecho en lugar de que deberia ser, tamb ten debe aceptar que los pantos de

----vista-414-Cisay-scabreios fundarnentos del derecho eran polemicos dentro de su propia Corte. la position rival de Earl tambien debe considerarse como un reclamo sabre to que requiere la ley (un reclamo que Gray estaba equivocado)

no una maniobra oculta para revisar o reformar la ley. En el caso McLoughlin, los jueces del Tribunal de Apelacion parecian pensar que dado que los precedentes se limitaban a los daraas emocionales en la escena del accidente, no' . existia ninguna ley sobre los daitos emocionales fuera de la escena del accidente, y que por lo tanto su tarea consistia en enmendar, en desarrollar la ley de la mejor manera posible, tomando todo en cuenta. Sin embargo, esa no era la opinion de la Camara de los Lores y mucho menos to de lord Scarman, quien creia estar limitado por los principios pertenecientes a los precedentes. For lo que sabemos, lord Scarman acordo con los jueces del Tribunal de Apelacion qu

la comunidad estaria peor si se permitiera el cobro en dichas circunstancias. I jueces que fallaron en el caso de la senora McLoughlin no estaban de acuerd sobre la fuerza y el caracter del precedente como fuente de ley, y a pesar de qu el desacuerdo era sutil no dejaba de ser un desacuerdo sabre *que* es el derech y no sobre que deberia hacerse en ausencia de una ley.

De hecho, no existe ninguna evidencia positiva *de* que cuando abogados jueces parecen tener un desacuerdo sobre el derecho mantienen los dedo cruzados. No hay n Miran argumento para esa perspectiva del problema except() el argumento de pregunta-ruego de que si la tesis del hecho evidente es correcta, pueden estar simulando. Sin embargo, una defensa mas sofisticada del positivismo es aquella que concede que los abogados y los jueces de nuestros ejemplos hayan pensado que tenian un desacuerdo sobre el derecho pern sostiene que por una razon diferente, no deberia tomarse esta autodescripciOn segtin su significado literal. Este nuevo argumento destaca la importancia de distinguir entre los usos comunes de Ia palabra "derecho" y los usos limites o indefinidos de dicha palabra. Declara que abogados y jueces siguen lo que es principalmente la misma regla para utilizar el "derecho" y por lo tanto, todos estan de acuerdo, por ejemplo, en el limite de velocidad de California yen to tasa basica de impuestos en Inglaterra. Pero como las reglas para el uso de las palabras no son precisas ni exactas, permiten casos dudosos o indefinidos donde las personas hablan en forma diferente unas de otras. De modo que los abogados pueden utilizar la palabra "derecho" de una manera distinta en los casos marginales cuando algunos fundamentos y no todos estan especificados como regla principal, y las diferencias se hacen manifiestas en estos casos especiales. (34) El argumento continua con respecto a esto, nuestro uso del "derecho" no difiere de nuestro uso de muchas otras palabras que no plantean problemas. For ejemplo, todos estamos de acuerdo en el significado corriente de la palabra "casa". Si alguien niega que las residencias independientes para unit familia que se hallan en las calles suburbanas comunes son casas, entonces nn entiende el idioms castellano. Sin embargo, existen los casos dudosos. No tod siguen con exactitud las mismas reglas; alguien diria que el Palacio Buckingham es una casa mientras que las otras no le son.

Esta defensa mas sofisticada del positivismo reiata una Wistaria diferente aquella de los "dedos cruzados" sobre nuestros casos citados como ejemPl Seglin esta nueva historia, Earl y Gray y los demis abogados y jueces

El verdadero debate sobre lasAcogiips--4enrarrtica" s

Si el debate legal es principalmente o en parte sabre casos cruciales, entonces todos los abogados no pueden estar utilizando los mismos criterios objetivos para decidir cuanclo las propuestas de ley son verdaderas o falsas. Sus debates sedan principalrnente o *en* parte sabre que criteria deberian usar. De modo que el proyecto de las teorias semanticas, el proyecto de extraer reglas compartidas de *un* culdadoso estudio sobre que clicen y hacen los abogados, estaria destinado al fracas°. EI descant) latente ha madurado. Ror que los positivistas estan tan seguros de clue el debate legal no es lo que parece *ser?* Ror que estan tan seguros, aunque las apariencias digan lo contrario, de que lo abogados siguen reglas en comtin para utilizar el "derecho"? No puede ser la experiencia la que las convenza de esto, porque **la** experiencia ensena Io con-traria. Dicen que la practica *legal* y judicial no es lo que aparenta ser. 2Pero, por que no? Los sintomas son clasicos y mi diagnostic°, familiar. Los ftlOsofos de la teoria semantica sufren algtin tipo de thoqueo. Rero de que bloqueo se trata?

Noten el siguiente debate. Si *dos* abogados sig-uen realmente reglas *diferextes* al hacer uso de la palabra "derecho", utilizando criterios objetivos diferentes para decidir cuando una propuesta de ley es verdadera o falsa, entonces cada uno dehe querer decir algo diferente cuando explica que es el derecho. Earl y Gray deben referirse a cosas diferentes cuando afirman o niegan que la ley permite que los asesinos hereden: Ear' se relle_re a que sus fundamentos para el derecho se ven o no satisfechos, y Gray esti concentrado en sus propios fundamentos y no en los de Earl. De modo que en realidad, ambosjueces no disienten sabre nada cuando uno de ellos niega y el otro afirma esta propuesta. Solo hablan par encima de! air°. Sus discusiones no tienen sentido en la forma mas trivial e irritante, coma una discusidn sabre bancos; cuando una persona tiene en mente bancos de ahorro y la otra, bancos para sentarse. Pear aun, incluso cuando los abogados parecen estar de acuerdo sobreque es el derecho, su discusion termina siendo tambien un engano, como muchos bancos en Norteamerica.

si las dos personas que acabo de inven tar pensaran ha ber acordado que existen

Estas extranas conclusiones deben ser erroneas. El derecho es una oractica floreciente y a pesar de poseer errores, aunque sean fundamen tales, *no* es una broma grotesca. Tiene irnportancia decir que los jueces deberian hacer cumplircilaonky en lugar de ignorarla, que los ciudadanos deben obedecerla salvo disposi

en raras ocasiones, que los funcionarios deben actuar de *acuerdo* con sus es. Parece obtuso negar todo esto solo porque a veces disentimos sc'bre gibe es el derecho en realidad. *Asi* que nuestros fildisofos del derecho tra-la", de salvar lo que pueden. Se aferran a un cabello: dicen que los jueces en los nuniciles no son

os, clinches solo simulan disentir sobre que es el derecho. o que los casos **mas** que disputas confusas al margen de lo que es clam y Lo, Partido. Creen que de lo contrario deben aceptar alguna forma de nihilism° s"re el derecho. La logica que se desprende de este estrago es la logica que caoca_b_a_31(a's de .describtr.. la discusian de que a menos que abogados y jueces i,.;.`:_vrcirtun n crnerios objetivos sobre los fundamentos del derecho, no puede ,'"e debate o una idea significativos sobre *que* es el derecho. No nos queda signien,

"ids que hacer frente a la discusion. Es un debate filos4fico, de mod° que

la ' c etana de nuestro proyecto debe ser tambien filoscifica.

y gris de los derechos consuetudinarios. De cualquier manera, segtin dicen, es mejor ignorar las palabras que utilizan los jueces y tratarlos como si discrepa-ran sobre la fidelidad o la enmienda, pero no sobre el derecho. Alli esta el agui-jOn: estamos marcados como su objetivo. Estamos marcados coma su objetivo par un cuadro muy credo sobre que tipo de desacuerdo es o debe ser.

2. Conceptos interpretativos

El aguijOn semantic° 4

Denominare el argument° que acabo de describir, que ha causado canto dano en filosofia del derecho, el aguijon semantic°. Las personas que tienen una cierta imagen de como es el desacuerdo y cuando es posible, son su presa. Creen que pued en discutir con sensatez uno con otro si, y solo si, todos aceptamos y seguimos los mismos criterios para decidir cuando nuestros reclamos tienen fundamento, incluso si no podemos formular con exactitud, tal como esperaria hacerlo un filosofo sobre que son estos criterios. Usted y yo podemos discutir sobre. cuantos libros tengo, por ejemplo, en mi biblioteca, solo si acnbos estamos de acuerdo, al menos a grandes rasgos sobre que es un libro. Podemos disentir en los casos dud osos: para mi un libro delgado puede ser lo que para usted es un panileto. Pero no podemos disentir sobre lo que denomino casos crudales. Si no consideran a mi copia de *Moby Dick* como un libro porque a su parecer las novelas no son libros, cualquier desacuerdo no tendra sentido. Si este pequeno ejemplo acerca de cuando es posible un desacuerdo verdadero, agota todas las posibilidades, debe aplicarse a conceptos juridicos, incluyendo el concepto de derecho. Luego, se plantea el siguiente dilema. A pesar de las primeras apariencias, en realidad, todos los abogados aceptan a grandes rasgos los mismos criterios para decidir cuando un postulado sobre la ley es verdadero o no puede haber un acuerdo o desacuerdo genuino sobre el derecho, sino solo la estupidez de la gente que cs*ee* que disiente porque otorga significados

diferentes al mismo sonido. La segunda parte de este dilema parece absurda. De modo que los filosofos tratan de concentrarse en la primera y de identificar alg- unas re. glas ocultas que deben estar all, incrustadas a pesar de que no se las reconozcti en la practica legal. Producen y debaten teorias semanticas de derecho.

Lamentablemente para estas teorias, este cuadro sobre que es lo que posible el desacuerdo no encaja bien con los tipos de desacuerdo que los abogados tienen en realidad. Es comtin que abogados y jueces disientan sobre hechos historicos o sociales, sabre que palabras se hallaran en el texto de alguna estatua o que hechos estuvieron presentes en alguna decision judicial prece- dente. Pero tal desacuerdo sobre el derecho es mas teorico que empiric°. Los fi- 16s6fos del derecho que creen que debe haber reglas comunes a todos tratan d I

e

explicar el desacuerdo teorico. Dicen que abogados y jueces sOlo estan simu-
lando, o disienten solo porque el caso ante ellos cae dentro de una zona confusa

Un ejemplo imaginario

La actitud interpretativa

Tal vez este cuadro sabre lo que hace posible el desacuerdo es demasiado crudo como para causar cualquier desacuerdo, incluso uno sobre libros. Pero sOlo dire que esto no es exhaustivo y, en particular, que no es aplicable en un conjunto importante de circunstancias que incluye el debate teorico en derecho. Tampoco es aplicable cuando los miembros de una comunidad en particular, que comparten practicas y tradiciones, hacen y discu ten postulados sabre la mejor interpretation de estos; cuando disienten sobre lo que requiere alguna tradition o practica en circunstancias concretas. Estos postulados suelen ser polemicos, y el desacuerdo es genuino a pesar de que las personas usen diferentes criterios para la formation de estas interpretaciones: es genuino porque las interpretaciones que rivalizan estan dirigidas hacia los mismos objetos o sucesos de interpretacion.Tratare de demosirar como este model° nos ayuda a comprender mejor el debate legal y aver el rol del derecho dentro del context° mayor de la cultura, con mayor claridad. Pero primero seria titil ver como el mo. deli; se aplica a una institution mucho mas simple.

Imaginen la siguiente historia de una comunidad imaginaria. Sus miembros siguen un conjunto de reglas, las que denominan "reglas de cortesia", en un cierto tipo de

ocasiones sociales. Afirman: la cortesia requiere que los camnesinos se quiten el sombrero ante la nobleza", por ejemplo, y propugnan y aceptan otras propuestas de ese tipo. Por un tiempo, esta practica tiene el caracter de un tabu: las reglas estan alli, sin

acerca de la naturaleza o cualidad del respeto, desde un punto de vista donde la demostracion externa constituye un respeto para el punto de vista opuesto, ese respeto es solo una cuestion *de sentimientos.* 0 bien, las opiniones pueden cambiar en una dimension diferente, sobre si el respeto tiene algun valor cuando esta dirigido a grupos o por propiedades naturales mas que a individuos por logros individuales. Si el respeto nom-, brado en primer lugar ya no parece importante, o incluso parece equivoco, sera; necesaria una interpretaciOn diferente de la practica. Las personas llegaran ver el sentido de la cortesia como casi lo opuesto de su sentido original, como, formas impersonales de relation social que, debido a su impersonalidad, no re quieren ni niegan una mayor importancia. La cortesia ocupara entonces un lu gar diferente y mas pequefio en la vida social, y el final de la historia esta a la vis-1 ta: la actitud interpretativa languid ecera y la practica volvera al estado estatico y mecanico del comienzo.

Una primera mirada a la interpretation

Eso es **a** vista de pajaro, desde la perspectiva de la historia de como la WadiciOn de la cortesia cambia a traves del fiempo. Ahora debemos considerar las dinamicas de la transformaciOn desde mas cerca, al notar los tipos de juicios, decisiones y discusiones que produce la respuesta de cada individuo con respecto a la tradition, las respuestas que en forma colectiva y durante largos periodos prod ucen los grandes cambios que notamos en primer lugar. Necesitamos conocer como la actitud que denomino interpretativa funciona desde su interior, desde el punto de vista de los interpretes. Lamentablemente, hasta una estimacion inicial sera polemica porque si una comunidad utiliza conceptos interpretativos, el concepto de interpretation en si sera uno de ellos: una teoria de interpretacion es una interpretation de Ia practica que pertenece a una orden mas alts utiliza conceptos interpretativos. (De modo que cualquier estimation adecuada de la interpretation debe permanecer verdadera por si misma.) En este capitulo, ofrezco una estimation teorica especialmente designada a explicar la interpretation de Ias practicas y estructuras sociales como la cortesia, y defiendo esa estimation contra objeciones fundamentales y al parecer poderosas. Me temo que la discusion nos llevara bastante lejos del derecho, a controversias sabre la interpretation que han ocupado principalmente a los estudiosos literarios, cientificos sociales y filosofos. Pero si el derecho es un concepto interpretativo, cualquier jurisprudencia digna de tener debe ser construida

practicas sociales y las obras de arte se ocupan esea cialmente de los propositos y no de meras causas. Los ciudadanos de cortesia no desean hallar, cuando interpretan su practica, los distintos determinants economicos, psicolOgicos o fisinlOgicos de su conducta convergente. Tampa co *un* critico desea una explicacion lisiologica de como fue escrito un poen De modo que debemos hallar la forma *de* reemplazar la metafora de las pi ticas y los cuadros que hablan por voz propia que reconoze.a el lugar fundamea. tal del proposito en la interpretation creativa.

Una solution es muy popular. Anula la metafora de los poemas y los cat: Bros que nos hablan insistiendo en que la interpetacion creativa no es mas un caso de interpretation de la conversation. No escuchamos a las obras deb teen sl, tal como sugiere la metafora, sino a sus verdaderos autores hurnanog El objetivo de La interpetaciOn creativa es descifrar las intenciones o propositoi de los autores at escribir una novela en particular o at mantener una tradicid social en particular, al igual que en una conversation intentamos captar las it tenciones del amigo que nos esta hablando. (2) Defenders una solution diferell te: que Ia interpretation creativa no es una de conversation sino de construe` cion. Dire que la interpretation de las ()bras de arte y las practicas sociales set Teresa en el proposito y no en la call sa. Pero los propositos en juego no son ({un

damentalmente) aquellos de algtin

autor sino del interprete. A grandes

rantla interpretation constructiva es

una cuestian de un proposito impuesto

ato [01] ,'

jeto o practica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma ogl nero al cual pertenece. A pesar de esta corta explicaciOn, do no quiere dt. que un interprete pueda hacer de una practica o una obra de arte algo que bria querido que fuera, como por ejemplo, que un ciudadano de cortesia sup: gado por la igualdad, pueda en buena fe sostener que la cortesia supone en

alidad que se comparta la riqueza. La historia o forma de una practica u objeto restringe las interpretaciones disponibles de la misma, apesar de que el caracter de dicha restriction debe tener buenos fundamentos, tat como lo veremos mas adelante. La interpretacien creativa, bajo la perspectiva constructiva es una cuestion de interaction entre proposito y objeto.

Un participante que interpreta una practica social, segdn ese punto de vista, propane un valor para dicha practica al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicha practica puede servir, expresar o ejemplificar. Muy a menudo, tal vex en forma tipica, los datos sin elaboration de la prictica (que hate La gente bajo que circunstancias) no determinara como corresponde la atribuciOn del valor: esos datos seran compatibles con atribuciones diferentes y rivales. Una persona podria ver en la practica de la cortesia un medio para asegurar que se presta el debido respeto a aquellos que lo merecen por rango social u otra categoria. Otro podria ver, con la misma intensidad, un medio para que el intercambio social sea mas convencional y por to canto, menos indicativo de distintos juicios de respeto. Si los datos sin elaboracion no discriminan entre estas interpretaciones rivales, la elecciOn de cada interprete debe reflejar su opinion sobre cual de las interpretaciones propane el mayor valor para la practica, cual la muestra mejor, tomando todo en cuenta.

Ofrezco esta description constructiva solo como analisis de la interpretacion creativa. Pero tambien debemos notar como Ia descripcian constructiva puede ser elaborada en forma tal que se adapte a los otros dos conceptos interpretativos que mencione anteriormente, y mostrar asi una profunda c.onexion entre todas las formas de interpretation. Comprender Ia conversation de otra persona requiere el use de modelos y presunciones, como el llamado principio de claridad, que en circunstancias normales tiene el dean de hacer de In que dice el rgejor rendimiento de comunicacion que pueda. (3) Y la interpretation de datos en la ciencia utiliza en gran medid a las normas de construction de Leonas Como Ia simpleza, la elegancia y la verification que reflejan suposiciones cambiantes y discutibles sobre paradigmas de explicacion, es decir, sobre cualea son las caracteristicas que hacen que una forma de explicacion sea superior podria otra. to ta po n r t c o t , o la descri d pcion constructiva de la interpretacidin creativa esa inte objeto lo mejor que puede se n s ar en u to n n a escripcion mas general de todas las formas de interpretacion. Diriamo que dis an obje rpretacion adquiere formas dife ent c r e, s como cada interpretation lucha par hacer de t ntas empresas adoptan d c is ° ti:ta un ejemplo de una empress supuesta, y n ix io e s ta e c l i ex i o de las obras d on artistica se diferencia de la • t r erp e e s t con. tex ti tos diferentes solo per- juzgar una explicacion e-arte con [illegible] diferentes de las que usamos [illegible] juzga s normas de valor o de exit°. La inter- de los fenomenos fisicos.

La interpretaciOn y la intention del autor

M.t,c1tos lectores consideraran que la descripciOn constructiva de Ia

mejor aun, a la intepretacion de las practicas socialescomo la cortesia. Se opondran porque prefieren la descripciOn popular de la interpretaciOn creativa que

menuvrte. kiur a In t.,1 C

tenciones de un autor? descubrimiento de las intenciones un autor es un proceso objetivo independiente de los propios valores del interp_rete-remos conWrimera de estas preguntas y con un reclamo mesurado. La inter-pretaciOn artistica no es solo el hecho de **recuperar** la intencian de un autor si entendemos que "intenciOn" significa un estado mental consciente, no si consi-deramos **que** el reclaim significa que el objetivo *de* la interpretacion artistica siempre es el de identificar alguna idea consciente en particular en la mente del autor cuando dijo, escribio o hizo lo que hizo. La intenciOn es siempre un asu n-to mucho mas complejo y problematic° que eso. De modo que debemos volver a formular nuestra primera pregunta. Si aIguien desea considerar la interpreta-tion dentro del arte corno la recuperacion de la intencion del autor, Nue debe entender por intenciOn? Esta primera pregunta modificada, afectara tambien la segunda. zExiste una distincien tan marcad a, tal como supone la objecion, entre descubrir la intencion del artista y encontrar un valor en lo que ha hecho?

En primer lugar, debemos notar el primer punt° crucial de Gadamer, que la interpretacion debe aplicar una intenciOn (5.) EI teatro proporciona un buen ejemplo. Alguien que produce *El Mercader de Venecia* hoy en dia debe hallar una concepciOn de Shylock que evoque para una audiencia contemporinea el complejo sentido que tenia la figura de un judio para Shakespeare y su audien-cia, de modo que su interpretaciOn debe, en cierto sentido, unificar dos perio-dos de "conciencia" adaptando las intenciones de Shakespeare a una cultura muy diferente situada al final de una historia distinta. (6) Si logra hacerlo, su in-terpretacion de Shylock sera probablemente muy diferente de la vision concre-ta que Shakespeare tenia de ese person*. En algunos aspectos puede ser opuesta, reemplazando el desprecio o la ironia por la compasiOn, por ejemplo, o puede cambiar el enfasis, considerando tal vez la relaciOn de Shylock con Jessi-ca como algo mucho mas importante de lo que Shakespeare, como director, lo considerado. (7) La intenciOn artistica es compleja y estructurada: dis-untos aspectos o niveles de intencion pueden crear conflictos de la siguiente - manera. fidelidad hada las opiniones mas discretas y concretas de Shakes-Peare sobre Shylock, ignorando el efecto que su vision de dicho personaje ha-bpa tenido en una audiencia contemporinea, puede ser una traicion a su propO-sao artistica Inas abstracto. (8) Y la "aplicaciOn" de dicho propOsito abstract° a auestra situacion esti muy lejos de ser un ejercicio historic° y neutral sobre la reconstrucion de un est.ado mental del pasado. Es inevitable que comprometa opiniones artisticas del interprete en la misrna forma que sugiere la descrip-cion constructiva de la interpretaciOn creativa, porque desea encontrar los me jores rnedios de expresar, con el texto en mano, las grandes ambiciones artisti-cas que Shakespeare jamas declaro o tal vez, incluso conscientemente, definio Pero q. ue produce el hecho preguntarnos coma la obra que escribiO habria si. do rnas esclarecedora o poderosa para su epoca.

t Stanley Cavell agrega una complejidad mis al demostrar coma hasta las in-Henciones concretas y detalladas de un artista pueden ser problematicas. (9) ace notar que un personaje de la pelicula de Fellini *La Strada* puede verse co-ma: una referencia a la leyenda de Filomena y pregunta que nec.esitamos saber erca de Fellini para poder decir que dicha referencia es intencional (o contra-namente, no intencional). I magina una conversacion con Fellini donde el eine-asta dice que a pesar de

critico y autor a la vez, sugiere Ia importancia en Ia interpretacion social del golpe del reconocimiento que desempefla un papel talk

importante en las conversaciones que Cavell imagina con los artistas. ("Si, eso *tiene* sentido acerca del 1ecli de quitarme el sombrero: esta de acuerdo con el sentido que tengo de cuando no estana been pacer esto, un sentido que no a a podido describir antes pero que ahora puedo". 0 "No, no tiene sentido".) Por otra parte, la nueva descripcitin no agrega nada a mi description original que nos resultara uthI. Salo demuestra que el lenguaje de intencion, y por lo menos parte del sentido en la idea de que Ia interpretaciOn es una cuestiOn de intencion, ester disponible para una interpretacion tanto artistica coma social, si asi lo queremos. La idea de intenciOn no tiene nada que divida necesariamente los dos tipos de interpretaciOn creativa.

Pero ahora llegamos a un punto mas importante: esa idea tiene algo que necesariamente las une. Aunque rechacemos la tesis de que el objetivo de la interpretacion creativa es descubrir alguna intenciOn hist6rica real, el concepto de intencion proporciona la estructura formal para todos los reclamos interpretativos. Me refiero a que una interpretacion es por naturaleza el informe de un proposito; propone una manera de vet aquello que se ester interpretando —tan-to una practica social o tradition como un texto o una pintura— como si esto fuera el producto de la decisiOn de buscar un conjunto de temas, visiones o propOsitos, un "sentido" en lugar de otro. Una interpretacion requiere esta estructura aun cuando el material a interpretar sea una practica social y aun cuando no haya un autor histarico a quien pueda sondearsele la mente hist6rica. Una interpretacion de cortesia, en nuestra historia imaginaria, tendra un aire intencional a pesar de que la intencion no pertenezca a nadie en particular o al ptiblico en general. Este requisito estructural, considerado independiente de cualquier otro requisito que relacione la interpretacion

con la intencion de un autor en particular, constituye un excitante desafio, del cual nos ocuparemos mas adelante, en el Capitulo 6 en particular. zCual seria el sentido de insistir en la estructura formal del propOsito, en Ia forma que explicamos textos o instituciones le-gales, mas ally del objetivo de recuperar una intencion historica real?

La *intenciOn y el valor del arte*

Acabo de decir que el metodo de la intenciOn del autor en Ia interpretacion artistica es discutido hasta en su forma mas plausible. Muchos criticos sostienen que la interpretacion literaria deberia ser sensible a los aspectos de la literatura (los efectos emocionales que tiene sobre el lector o La forma en que su len- g[u]aeescaPa a cualquier reduction a un conjunto particular de significados o la Posibdidad que crea de dialog° entre el artista y la au diencia, por ejemplo) sean 0 no estos parte de la intencion de su autor hasta en el sentido complejo que hemos setialado. Y aun aquellos que insisters en que la intencion del artista debe serdectsiva en canto es el trabajo "rear, disienten sobre como deberia recons- truir se dicha intencion. Estos distintos desacuerdos sobre Ia intencion y el arte [so]nunportantes para nosotros no porque vayamos a adoptar una position (que a.qui no es necesaria) sino porque deberiamos tratar de comprender el caracter de la discusion y saber sobre que son en realidad los desacuerdos.

generates a la pregunta que ha quedado abierta. Sugiero entonces que la disco sign academica sabre la intencion del autor debe ser considerada como una dis- cusion abstracta y tearic.a sabre donde yace el valor en el arte. Esta discusion juega su papel en esta forma, junto con discusiones mas concretas y valiosas di- rigidas mas bien hacia objetos en particular, dentro de las practicas que nos pro- porcionan Ia experiencia estetica.

La manera en que los criticos consideran este debate exotica por que algu- nos periodos de Ia practica literaria se han preocupado mas de la intencion artis- tica que otros: su cultura intelectual une con mas firmeza el valor en el arte al proceso de creation artistica. Cavell senala que en el "arte modernists la cues- tion de la intencion del artista... ha asumido un rol mas abierto en nuestra acep- tacion de sus trabajos que en periodos anteriores", y que la practica de la poet sia cambia en los siglos y XX en forma tal que el poema mismo fuerza I cuestiones de intencion... sabre el lector". (10) Ese cambio refleja y contribu al crecimiento en dichos periodos de la romantica conviccion de que el ark t ne el valor que tiene y reconoce dicho valor en objetos y sucesos en particular porque y cuando personifica el genio creativo individual. El dominio de e perspectiva sobre el valor artistico en nuestra cultura exotica no solo nues preocupacion por la intencion y la sinceridad sino tambien muchas otras co como par ejemplo, nuestra obsesion por la originalidad. De modo que nues estilo dominante de interpretation determine una intencion de autoria y disc siones dentro de ese estilo sabre que es la intencion artistica. refleja una duda un desacuerdo mas sutiles sobre el caracter del genio creativo, sobre el rol de conciencia, el inconsciente y to

institntivo en su composicion y expresion. Al nos criticos que disienten acerca del estilo de autoria con mayor firmeza, p que enfatizan valores tradicion y continuidad donde et sitio de un autor ca bia a medida que se construye la tradicion, apoyan una interpretacion retr pectiva que hate que la mejor interpretation de su trabajo dependa de to que fue escrito un siglo despues. (11) A pesar de ell°, desafios mas radical que insisten en la importancia de las consecuencias politicas y sociales del a o de la semantica estructuralista o destruccionista, o insisten en la narrati construida entre el autor y el lector, a parecen rechazar Ia empresa de la int pretacion por completo, muestran distintas conceptions acerca de donde halla en realidad el valor conceptualmente presupuesto del arte.

Esta es una description demasiado simplista de Ia compleja interaction tre la interpretacion y otros aspectos de la cultura; solo quiero sugerir coma debate sobre la intend/in en la interpretaciOn, situada dentro de Ia prict social mas amplia de dispu tar la forma de valor del arte, asume por si misfit() objetivo mas abstract° de la interpretacion constructiva que apunta a hacer mejor de aquello que se interpreta. Debo ser cuidadoso para que me /nal tiendan. No estoy diciendo que Ia teoria de hi intencion del autor de la int pretacion artistica esta equivocada (o es correcta), sino que si es correcta 0 correcta y lo que significa (mientras podamos pensar sabre estas cuestion dentre de nuestra propia tradicien de critica) debe abrir la posibilidad de u

Intenciones y practicas

En respuesta a la objecion planteada al comienzo de esta discusion, declaro que la

o requisitos. Debe tener una comprension del mu ndo en fortnas similares y tener intereses y co vicciones bastantes semejantes para reconocer el sentido en los reclamos de da uno, y para tratarlos coma reclamos en lugar de meros ruidos. Eso no sign*. fica solo utilizar el mismo diccionario, sino compartir lo que Wittgenstein llarnu una forma de vida lo suficientemente concreta como para que nadie pueda reco-nocer un sentido o un proposito en lo que dice y hace el otro y ver que tipos d creencias y motivos tendrian sentido a proposito de su diccion, gesto, tono, et-cetera. Todos deben "hablar el mismo idiorne en los dos sentidos de la fra Sin embargo, esta similitud de intereses y convicci ones necesitan aferrarse a u solo punto: debe ser lo bastante denso coma para permitir un genuino des cuerdo, aunque no demasiado en forma tal que no pueda producirse el des cuerdo.

De rnodo que cada uno de los participantes de una practica social debe tinguir entre tratar de distinguir lo que Oros miembros de su comunidad pie salt que necesita la practica y tratar de decidir, por si mismo, que es lo que did), practica necesita en realidad. Dado que estas son preguntas diferentes, los ro& todos interpretativos que utiliza para responder a la Ultima pregunta no puede ser los metodos de la interpretacion de la conversacien, dirigidos a los indi duos uno por uno, que utilizaria para responder la primera de ellas. Un cieno co social que ofrece interpretar practica debe hacer la misma distincion. Sil desea , puede solo registrar las distintas opiniones que los diferentes individuo. de la comunidad tienen sobre lo que requiere la practica. Pero ello no constitu ria una interpretaciOn de la practica en si; si se aboca a ese proyecto diferen debe renunciar al individualism°

metodokigico y utilizar los metodos que u

decir, Ia etapa donde se identifica *y* is ingue e ex o i e *o* y *Dick* del texto de-n. • I -"preinterpretativa" entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alga. na forma de interpretation. Las reglas sociales no Ilevan etiquetas de identificacion. Sin embargo, se necesita un gran grado de consenso (tal vez una comunidad interpretativa esta fitilmente definida con el requerimiento de un consenso en esta etapa) si la actitud interpretativa sera fructifera y par lo tanto, podemos abstraernos de esta etapa de nuestro analisis presuponiendo que las clasificaclones que produce son tratadas coma una reflexidn y una discusien diarias.

Segundo, debe haber una etapa interpretativa donde el interprete establece una justification general para los principales elementos de la practica identifica da en la etapa preinterpretativa. Esto consistira en un debate de por que vale la pena buscar una practica con esa forma general. La justification no necesila adaptarse a cada u no de los aspectos a caracteristicas de la prktica permanente, pero si los suficientes para que el interprete pueda verse a si mismo interpre tando dicha practica y no inventando una nueva. (16) Par ultimo, debe haber una etapa posinterpretativa o reformadora donde *Ma su sentido sobre qui; necesita "en realidad" la practica para adecuarse mejor a la justification que acepta en la etapa interpretativa. Un interprete de cortesia, par ejemplo, puede Ilegar a pensar que una imposiciOn consistente de la mejor justification de es practica requkiria que la gente diera un golpecito at sombrero tanto ante los soi dados que regresan de una guerra crucial coma ante los nobles. 0 que necesila una nueva excepciOn a una norma establecida de deferencia: eximir de demos traciones de cortesia a los soldados que regresan de una guerra, por ejemplo.0 tal vez que toda regla que estipule deferencia a todo un grupo, clase social o per sonas sea considerada un error a Ia Luz de dicha justification. (17)

La presente interpretaciOn en mi sociedad imaginaria seria mucho menci deliberada y estructurada de lo que sugiere esta estructura analitica. Los juiciof interpretativos de las personas serian mas unacuestion de uver" en forma inure diata las dimensiones de su practica, un propesito u objetivo en dicha practialL la consecuencia posinterpretativa de dicho proposito. Y este hecho de "ver seria mas perspicaz que acceder a nna interpretaciOn entonces popular *en it'* grin grupo donde el interprete adopte su punto de vista en forma mas a menet automatica. Sin embargo, se plantearan inevitables controversias, aun entre [1]d contemporaneos, sabre las dimensiones exactas de la practica que todos elk interpretan, y estas seran aun mayores en lo que se refiere a la mejor Justine/ clan de dicha practica. En nuestra descripciOn preliminar sabre que es la Ida pretacion ya hemos definido varias maneras de estar en desacuerdo.

Ahora podemos revisar nuestra description analitica para componer unit ventario del tipo de las convicciones, creencias o suposiciones que alguien,ne cesita para interpretar alga. Necesita suposiciones o convicciones sobre nue lo que cuenta como parte de Ia practica para definir los datos sin elaborar deb interpretation en la etapa interpretativa; Ia actitud interpretativa no puede* brevivir a menos que los miembros de la misma comunidad interpretativa co! partan, par lo menos en forma somera, las mismas suposiciones sobre estu.,, interprete tambien necesita convicciones sobre la medida en que la justificact: que propane en la etapa interpretativa debe adaptarse a las caracteristicas Pd manentes de la practica para que sea una interpretation de la misma en lugar de la invention de alga nuevo. 4La mejor justification de las **practices rip** cortesia, que todos consideran principalmerne, coma una muestra de deferencia hacia los superiores en rango social, puede ser en realidad una que en la etapa reformadora no requiera ninguna distinciOn de rango social? eSeria esta una

reforma demasiado radical, sin que se adapte muy bien a una justificacian coma para ser considerada una interpretacion? Una vez mas, no puede haber muchas disparidades en las distintas convicciones de la gente sabre la adaptation; solo la historia puede ensenarnos cuanta diferencia es demasiado. Por ultimo, necesitaremos convicciones mas positivas sabre que tipos de justification mostrarian Ia practica en su mejor perspecliva, juicios sobre si los rangos sociales son deseables o deplorables, por ejemplo. Estas convicciones positivas deben ser indeoendientes de las convicciones sabre Ia adaptacion que acabamos de describir, de lo contrario, esta Ultima no podria restringir la primera, y despues de todo, el interprete no podria distinguir la interpretation de la invention. Pero para que florezca la actitud interpretativa, coma su sentido de limites preinterpretativos o incluso sus convicciones sobre el grado de adaptation necesario no necesitan ser tan compartidas dentro de su comunidad.

Los filosofos de cortesia

Identidad institutional

En el Capitulo I, revisamos teorias a filosofias clasicas de derecho y declare que, interpretadas en la forma usual, estas teorias no son de gran ayuda porque se encuentran paralizadas par el aguijan semantico. Ahora podemos preguntar que tipo de teorias filosoficas serian de utilidad para aquellas personas que adoptan la actitud interpretativa que he descrito con respecto a una tradicion social. Supongan que nuestra comunidad de cortesia imaginaria hace alarde de un %solo a quien se Io pide, en los digs de Ia actitud interpretativa, que prepare una descriptio$_n$ filosOfica de la cortesia. Le entregan las siguientes instruccto nes: "No queremos sus propios puntos de vista sustantivos, que no representan uneres mayor que los de cualquier otra persona, sobre que requiere en reahdad la cortesia. Deseamos una teoria mas conceptual sabre la naturaleza de la cortesia, sabre que es la cortesia en virtud del significado mismo de la palabra. Su teoria debe ser neutral acerca de nuestras controversias diarias; debe proporcionar los antecedentes o reglas conceptuales que gobiernan estas controversias en lugar de tomar una position." 4Que puede el hater Puesta a ello? Se halla en position similar a is del cientifico social antes mencioriad, que debe abrazar las practicas que describe. No puede ofrecer un conJunt0 de^o reglas semanticas para el use correcto de la palabra "cortesia" como las re- gas que podria ofrecer para el use de "libro". No puede aftrmar que quitarse el so^i quembrero ante una dama es por definiciOn un caso de cortesia, del mismo mod o Ippdna decirse que *Moby Dick* es un libro por definicien. 0 que enviar una _7 ^{a}gradecimiento es un caso dudoso que puede bien set considerado com un caso de cortesia o no. al igual que un *gran* panfleto puede o no ser consi- deck en res-

adaptaciones interpretativas co. mo las que hemos senalado, de otras anteriores y que las instituciones extra ras desciendan de ejemplos similares anteriores. Los cambios de un period otro, o las diferencias de una sociedad a otra pueden ser lo suficienteme grandes coma para que se niegue dicha continuidad. ¿Que cambios son lo tante grandes como para cortar el Kilo de la continuidad? Esta pregunta es en interpretativa y la respuesta dependeria de por que se plantea la pregunta so la continuidad. (19) No hay ninguna caracteristica que cualquier etapa o ins cia de la practica deba tenet-, en virtud del significado de la palabra "cortesia la bdsqueda de dicha caracteristica seria otro ejemplo de la infection persis• to del aguijan semantic°.

Concept° y *concepciOn*

4E1 filosofo puede ser menus negativo y mas Puede proporcionar en el espiritu que desean sus clientes: una description de la cortesia que mas conceptual y menos positiva que las teorias que ya poseen y utilizan? zas. Es posible que los debates corrientes sabre cortesia en la comunidad i naria tendran la siguiente estructura de arbol. El public° esta de acuerdo so las propositions mas generates y abstractas de cortesia, que conforman el co del arbol, pero disienten acerca de los refinamientos o subinterpretacio mas concretos de estas propositions abstractas, es decir, acerca de las ra del arbol. For ejemplo, en una etapa determinada del desarrollo de la prace

todos estan de acuerdo en que la cortesia, descrita de la forma mas abstracta, es una cuestion de respeto. Un grupo piensa que deberia mostrarse respeto a las **personas** de tin cleno rango o grupo en Torma mas o menos automatica, mientras que el otro sostiene que cada persona en particular debe ganarse ese respe**to, El** primer() de los dos grupos hace Inas subdivisiones sobre los rangos o grupos con derecho a ese respeto; el segundo hace subdivisiones sobre cuales son los actos que merecen respeto. Y asi sucesivamente en mas subdivisiones de opinion.

En estas circunstancias, el tronco inicial del arbol (el Lazo indiscutible entre cortesia y respeto) actuaria, tanto en el debate ptiblico como en discusionesprivadas, como una especie de base donde se construyen nuevas ideas y discusiones. Por lo tanto, seria natural que las personas consideraran especial dicho Iato y en un sentido conceptual, coma por ejemplo, que el respeto es parte del "significado mismo" de la cortesia. Ellos no se ref`wren a que cualquiera que niegue esto sea culpable de autocontradiccion o que no sepa coma utilizar la palabra "cortesia", sino a que aquello que esta persona diga to deja fuera de la comunidad del discurso util o al menos corriente sobre la institucion. Nuestro filosofo servira a su comunidad si puede revelar esta estructura y aislar esta conexion "conceptual" entre cortesia y respeto. Puede capturarlo en la siguiente proposicion que, para esta comunidad, el respeto proporciona el *concepto* de cortesia y que las di stintas posiciones sabre to que el respeto requiere en realidad son *concepelones* de dicho concepto. El contraste entre concepto y conception es aqui un contraste entre niveles de abstraction en los que puede ser estudiada la interpretacion de dicha practica. En eI primer nivel, el acuerdo se concentra alrededor de ideas disc- etas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones; en el

Mas adelante, un dia las mujeres objetarian que los hombre se pusieran de **p**' ante ellas: podrian decir que ese acto es la descortesia mas grande. El parad ma del ayer se convertiria en el chauvinismo del matiana.

Una digresion: la justicia

Las distinciones y el vocabulario presentados hasta el momento nos ser de utilidad cuando, en el siguiente capitulo, pasemos a analizar el derecho como concepto interpretativo. Sin embargo, vale la pena hater una pausa para vet' hasta donde nuestra description de los conceptos interpretativos sustenta o ideas politicos y morales, yen particular la idea de justicia. El duro cuadro de c mo funciona la lengua, el cuadro que nos pace vulnerables al aguijon semant no se aplica en lo que se refiere a la justicia, al igual que a la cortesia. No mos criterios lingtlisticos compartidos para decidir cuales son los factores hacen que una situation sea justa o injusta. Nuestras disputas mas intensas bre la justicia (sobre el impuesto a las ganancias, por ejemplo, o sobre pro mas de action afirmativa) son acerca de las pruebas correctas para la jus • no sobre, si los factores satisfacen alguna prueba ya acordada en un caso cular. Un liberal piensa que el impuesto a las ganancias es injusto porque

apoderan de los bienes sin el consentimiento de su dueno. De modo que si apli-
caramos a la justicia el cuadro de desacuerdo que rechazamos para la cortesia,
u[lle]n[g]a[an]cu[a]a[s]:n[a]i[la]c estar[m]e[a]n desacuerdo sobre cualquier cuestion de justicia.

I

pueden alcanzar

Eso seria un error porque la justicia es una institution que interpretamos. (20) Al igual que Ia cortesia, tiene una historia; cada uno de nosotros abraza dicha historia cuando aprendemos a tomar una actitud interpretativa hacia los pedidos, justifications y excusas que encontramos hacen otras personas en nombre de Ia justicia. Muy pocos de nosotros interpretamos conscientemente esta historia en la forma que imagine que las personas de mi historia interpretaban Ia cortesia. Sin embargo, cada uno de nosotros (algunos en forma mas reflexiva que otros) se forma un sentido de la justicia que no deja de ser una interpretacion, e incluso, algunos revisamos de vez en cuando nuestra interpretation. Tal vez, Ia institution de la justicia comenzo tal como imagine el comienzo de la cortesia: con reglas simples y directas sobre crimen, castigo y deuda. Pero la actitud interpretativa florecio en Ia epoca en que fue escrita la primera filosofia politica y se ha desarrollado desde entonces. Las reinterpretaciones y las transformaciones progresivas han sido mucho mas complejas que las descritas para el caso de Ia cortesia, pero cada una de ellas se basa en el reordenamiento de la practica y la actitud lograda por esta Ultima.

Los filosofos politicos pueden desempenar los distintos roles que imagine para el filosofo de cortesia. No pueden desarrollar teorias semanticas **que pro**porcionan reglas para la "justicia" como las reglas que estudiamos **para** el caso de "Ebro'. Sin embargo, pueden

tratar de captar la base de donde surgen la mayor parte de las discusiones sobre justicia y describirlo en alguna proposition abstracta elegida para definir el "concepto" de justicia para su comunidad, de modo que los debates sobre justicia pueden ser entendidos como debates sobre **la** mejor concepciOn de ese concepto. Nuestros propios filosofos de justicia rara vez lo intentan, porque results dificil hallar una enunciacion del concepto que sea a la vez lo suficientemente abstracta como para que no podamos discutirla y suficientemente concreta como para que sea de utilidad. Nuestras controverstas sobre justicia son demasiado ricas, y ahora hay en este campo demasiados tmos de teorias diferentes. Su pongan que un filOsofo propone, por ejemplo, Ia Sigutente enunciacion del concepto: la justicia es diferente de otras virtudes politicos y morales porque es una cuestion de derecho, una cuestion sobre que tienen derecho a esperar aquellos que se veran afectados por los actos de individuos o instituciones. Esto no parece ser de gran utilidad porque el concepto de derecho en si esta demasiado cerca del de justicia como para ser de gran ayuda Y porque en cierta forma es demasiado discutible como para contar como conceptual en este caso, porque algunas teorias prominentes de justicia (la teoria marxista, si es que existe (21) e incluso el utilitarismo) la rechazarian a pesar de todo. Tal vez, no exista ninguna enunciacion titil del concepto de justicia. De ser asa, esto no pone en duda el sentido de los debates sobre justicia sino que testi- lica la trnaginaciOn de las personas tratando de ser justo.

del De todas formas, tenemos algo mas importante que una enunciacion titil concepto. Compartimos un sentido preinterpretativo de los limites destguales de la practica sobre la que nuestra imaginaciOn debe estar entrenada. Usamos esto para distinguir concepciones de justicia que rechazamos, incluso de-

objetividad, no para darle a nuestros corrientes reclamos interpretativos o morales una ran base metafisica, sino para repetirlos, tat vez de una manera mas precisa, para enfatizar o calificar su contenida. Por ejemplo, utilizamos ese lenguaje para distinguir los verdaderos reclamos morales (o interpretativos, o esteticos) de meros informes de gustos. No creo (a pesar de que muchos si lo hacen) que los sabores del helado tienen un genuino valor estetico, de mode que solo dirfa que prefiero el chocolate con pasas y rhum y no (a pesar de que otros si) que este gusto es "real" u "objetivamente el mejor gusto. (26) Tambien usamos el lenguaje de la objetividad para distinguir entre reclamos aplicables a personas con creencias, conexiones, intereses o necesidades particulares (tat vez solo para el orador) y aquellos que abarcan en forma impersonal a cualquiera. Supongail que digo que debo dedicar mi vida a reducir la amenaza de una guerra nuclear.

sentido preguntar si pienso que este deber es "objetivamente" valid° para cualquiera o solo para aquellos que, al igual que yo, sienten esta necesidad especial. He combinado estos dos uses del lenguaje objetivo en la conversacie que acabo de imaginar con respecto a la esclavitud. Dije que la esclavitud "realmente" algo erroneo y torte lo demas, para dejar bien en claro que mi o !lion era un juicio moral y que pensaba que la esclavitud era incorrecta en tort partes no self) en aquellas comunidades cuyas tradiciones la condenaban. modo que si alguien dice que mi juicio es equivocate y nuestro desacuerdo genuine, debe querer expresar la opinion de que la esclavitud no es incorr
en todas partes, o tal vez que no es incorrecta en absolu to. Esa es una version escepticismo interne: solo podria ser defendida per algtin tipo de argumen moral, come por ejemplo, apelar a una forma de relativism° moral que sortie que la verdadera moralidad co nsiste en seguir solo las tradiciones de una corn

as

n i d a d .

Por lo tanto, no existe una diferencia significativa en la categoria o posicion filosefica entre afirmar que la escIavitud es erronea y afirmar que hay una respuesta correcta a Ia esclavitud, es decir que es erronea. No puedo considerar la primera opinion come una opinion moral sin considerar tambien la segunda Dado que el escepticismo externo no ofrece ninguna razon para retractar o dificar la primera, tampoco ofrece ninguna razor) para retractar o modificar lo segunda. Ambas son enunciaciones dentro de la empress de moralidad nr que sobre ella. Contrario a la forma global de escpeticismo externo, el genut $_2$ escepticismo externo no puede amenazar cualquier proyecto interpretative.A pesar de que creamos comprender y aceptar esa forma de escepticismo, ello no proporciona ninguna razen de por que no deberiamos tambien pensar que la e^{9}1 clavitud es erronea, que el Tema de *Hamlet* es Ia ambigiledad y que la cortesil ignora el range, o lo que en definitiva es la misma cosa, que dada una de eslis1 posiciones es mejor (o es "realmente" mejor) que sus rivales. Si fueramos eft cepticos externos, en un momenta de calma filosofica, alejados de las *guerrO*

morales 0 interpretativas, podriamos adoptarun punto de vista esceptico externo de la postura filosofica delodas estas opia-ames—• bas-cfasifimfa

- *nes* en ugar de descubrimientos moscomo.Peronodsnimaramosente

68 *eQue forma de escepticismo?*

- iCOmo deberiamos entonces entender al esceptico que declara que no puede haber respuestas correctas en el campo de la moral o de la interpretation? Utiliza la reterica metaforica del escepticismo externo; sostiene que ataca el punto de vista que declara que los significados interpretativos estan "alli afuera" en el universo o que las decisones legates correctas se sittian dentro de una "realidad trascenclentar. Utiliza argumentos familiares a los escepticos externos: sostiene que come las personas de culturas diferentes tienen opinions diferentes sobre la belleza y la justicia, estas virtudes no pueden ser propiedades del mundo independientes de la actitud. Sin embargo, esta convencido de que su ataque tiene la fuerza del escepticismo interno: insiste en que las personas que interpretan poemas o que deciden casos clinches no deberian hablar o actuar comb si un punto de vista pudiera ser correcto y otros erroneos. No puede *tener* ambas cosas a la vez.

Ataca nuestras creencias corrientes porque nos atribuye reclamos absurdos que no hacemos. No decimos (ni podemos entender a alguien to baga) que la interpretation es come fisica o que los valores morales estaqun e "alli afue- ra" o que se los puede comprobar. Lo tinico que decimos, con distintos enfasis, es que el tema de *Hamlet* es Ia postergacion y que la esclavitud es alga incorrecto. Las practicas de interpretation y moralidad dan **a** estos reclamos todo el sigalficado que necesitan o pueden tener. Si piensa que son errores (actuations Wares dentro de las practicas propiamente dichas) necesita igualar nuestras razones y argumentos, nuestra description de nosotros mismos como particiPantes, con razones contrarias y argumentos propios. Por lo tante, lo mejor para esta critica es que veamos hasta dendepodemos reconstruir sus argumentos como argumentos pertenecientes al escepticismo interne. ePodemos entender que esta acusandonos de errores morales mas que metafisicos? Podria afirmar que: 'Com$_o$ las personas no estan de acuerdo acerca de la injusticia del range

Y como es posible que crean que el range es injusto solo si nacen en culturas de un cierto tipo, es injusto soslener que tortes deben despreciar y renun-

F'er al range_ Lo m.iximo que podriamos decir es que aquellos que to creen in- to

deberian despreciarlo y rechazario. o que aquellos que viven en comuni- 'Fades

De hecho, no tenemos ninguna dificultad en identificar en forma colectiva Las practicas que cuentan como practicas legales en miestra prapil c s a ura P a. seemos legislaturas, cones, agencias y cuerpos ad mini strativos y las decisiones *que* roman estas instituciones son registradas en forma cam:mica. En los Estados Unidos tenemos tambien la Constitucion. Cada uno de los abogados ha abrazado la practica del derecho con esa estructura y compartiendo el hecho de saber que todas estas instituciones juntas forman nuestro sistema legal. Seria un error (otra infection provocada por el ;aguijon semantico) pensar que identificamos estas instituciones a traves de una definition cornpartida y satisfactoria desde el punto de vista legal de aquello que necesariamenle es un sistema legal y cradles son las instituciones que necesariamente lo conforman. (1) Nuestra cuttura nos presenta instituciones legates con la idea de que forman un sistema. la pregunta de cuales son sus caracteristicas, en virtud de cuales se combinan en un sistema legal bien definido, es parte del problema interpretativo. Es parte del proceso incierto y polemic° de asignar un significado a lo que encontramos y no un significado ya estipulado de la estructura preinterpretativa.

Tenemos tambien paradigmas legates, propuestas de ley como el codigo de iransito que consideramos verdadero; una interpretation que niega esto seria, por esa razdn, muy sospechosa. Estes paradigmas dan forma y benefician los debates interpretativos sobre derecho. Hacen posible una forma de argument° comrin: tratar de probar o turbar una interpretation confrontandola con un paradigma que no puede explicar. Pero los paradigmas ya no son verdaderos "por definition" en derecho, como tampoco to son en la cortesia y la justicia. Una Persona que niega que el cod igo de transit° es una ley no se contradice, ni tam-Iwo habla *de* algo que no entiende. (2) Lo comprendemos demasiado Bien, y noes inconcebible (a pesar de ser pace probable) el hecho de que podra defender su position a &ayes de una reinterpretation radical de la practica legal que Per otra parte es tan atractiva que nos convence a que abandonemos lo que antenormente era un paradigma cardinal. No podemos estar seguros de que sus opiniones son las tonterias que suponemos sin escuchario y descubrir si no c e nm Partimos su opinion. Si nos convencemos de que su punto de vista no solo equivocado sino que su equivoco es fundamental, que su interpretation ratheal ha Perdido un sentido importante que cualquier buena interpretation debe reconocer, nos bastard con decir que sus opiniones son absurdas. No necesi-

L in M g it eg ic ar o e q i u ca e r ser m ro a r s e d s ram ver i b ti a c l c rente de otros reclamos

Consideraremo s que esta muy equivocado, aunque no en una forma dile.

a co u n n c q e u p e tu eg al u ivocado, que alienta el agui-

que rechazamos pero que creemos menos ridicules.

Un Mosel° del derecho comienza entonces su trabajo disfrutando de una

ricl,e,n_filicacion preinterpretativa nada polernica del terreno del derecho, y con pa-

C L gin tir a as . e P r v isurlus **que** apoyen su argumento y comprometan a los com Peti-

do 7 _a forma habituai. Pero ahora surge la cuestion de si el y sus competi-

sia 7 tarnbier? estar acuerdo con to que denomine ---al discutir cone-

una declaratio n del concept° central de su institucirin que les

sa Pe br e _ su, argumentos con una delta estructura, como argumentos

este ...._ ‘vilsecerter,ones rivales de dicho concept°. Una declaracirin conceptual de tesia u_P°.

util de varias maneras. Asi como emend os la practica de la con

wear en un Period° de su camera, al encontrar ?in acuerdo general sobre

cua[1]e[5] son los deberes y derechos, provenientes de decisones politicas anteriores, de' penda en cierta forma de la moralidad popular asi como tambien del con

explicito de estas decisiones. 0 bien puede neg . ar que exista dicha relaciOn. El concepto de derecho, entre

Set' rma—s abstract° que) estas explicaciones opuestas acerca de la e[po relaciO[r]n entre

, es neutr enr

las opiniones reinantes en una comunidad y sus compromisos legates.

La ley es tambien diferente de la justicia. La justicia es una cuestion acerca de cual es la mejor teoria o Ia mss corrects sobre los derechos politicos y morales, y la conception de cualquier persona acerca *de* la justicia es su teoria, impuesta por sus propias convicciones personales, acerca *de* lo que estos derechos son en realidad. La ley es una cuestion de orates son los supuestos derechos que proveen una justificacion para utilizar o contener la fuerza colectiva del Estado debido a estar incluidos o implicados en decisiones politicas tomadas en el pasado. Sin embargo, esta manifestation sobre la diferencia es neutral entre las distintas teorias sobre el rot que las convicciones personales sabre la justicia deberia *jugar* en la formation de sus convicciones sobre el derecho. El concept() permite, coma concepciones disponibles, teorias que insisten en que cuando el contenido de una decision politica es en cierta forma poco claro, la justicia juega un papel al decidir cuales son los derechos legates que surgen en realidad de dicha decisiOn. El concepto permite concepciones reminiscentes de algunas de las teorias que en el Capitulo 1 denomine teorias de derecho natural, a pesar *de* que bajo nuestro nuevo cuadro, estas no son teorias semanticas sino interpretaciones generates acerca de la practica legal. Tambien ermite oponer concepciones que rechazan la sugerencia de esta influencia de la[p] justicia sobre el derecho para recordarnos el positivism° legal. Y tambien permite las concep- ciones escepticas comp el pragmatismo legal, que insiste en que la ley, concebi- da coma *una* cuestion de derechos sabre aquello que exigiria una justicia [pr]gresiva, es vacia. o-

De modo que la suposicion acerca de que el sentido mss general del derecho, si es que tiene uno, es establecer una relaciOn justificada entre decisiones Politicas del pasado y la coercion actual, muestra el antiguo debate sabre el derecho y la etica bajo una nueva luz. En los textos de jurisprudencia, ese debate anarece coma una lucha entre dos teorias semanticas: el positivismo, que insiste en que el derecho y Ia etica estan hechos por reglas semanticas distintas que todos aceptan para utilizar el "derecho" y el derecho natural, que por el contra- rio, insiste en que estan unidos por estas reglas semanticas. De hecho, el *anti- gun* debate solo tiene sentido si se lo considera Como una lucha entre distintas teorias politicas, una lucha sabre elgrado en que el supuesto sentido del dere- cho requiere o permite que los p[g]untos *de* vista de ciudadanos y funcionarios ,acerca de la justicia figure en sus opiniones acerca de cuales son los derechos legates creados por decisiones politicas del pasado. *La* discusion no es concep- de derecho rivales.

tual en nuestro sentido, sino parte del debate interpretative entre concepciones

Anatomia de una concepciOn

et i[a][hsucusta] relacion entre derechu y coercion es tambien una guia titil pa-

estructur[a] a anatotnia posible de las concepciones de derecho ono

Esto depende del tipo de funcionario que haya tornado la decision en cuestion del tipo de contexto? Tal vez *una* decision legislativa deberia ser entendi--f—da-conanayor-pseeistearde-ntodertal que se necesita una nueval gi.. que la regla abarque los automoviles, pero si un juez ha establecido la regla con respecto a los carruajes, deberia extenderse a los automoviles en forma automatica, por to menos si cada argument° a favor de su decision inicial se aplica tambien **a** los automoviles. ¿ta razon de por que las decisiones legislativas y judiciales proporcionan licencias validas para la coercion estatal se traspasa a las dilerentes formas de decisiones comunales? ZLas reglas o principios que abarca la moralidad conventional de la comunidad en el sentido sociologic° reductivo que he descrito antes pueden contarse como decisiones politicas? Si casi todos piensan, como conviction personal, que no se deberia permitir que los asesinos hereden, ese deduce de ello que, esto junto con las decisiones de una legislatura competente y las decisiones judiciales del pasado, justifica el hecho de que el Estado le niegue a Elmer su herencia?

Esto es solo el comienzo de la larga lista de preguntas que consideraria una interpretation satisfactoria de nuestra propia prktica legal. Cada pregunta origina muchas otras, y una interpretation de este tipo es necesariamente abierta e incompleta. Tambien debe ser internamente compleja y de referencia cruzada. Las distintas preguntas de la lista, y la vasta variedad de preguntas que sustituyen , deben *ser* respond idas todas juntas, en una teoria compleja a pesar de ser incompleta, si dichas respuestas deben *ser* coherentes o tener algiin sentido. Cada una de las partes dependera en cierta medida del resto porque estaran entrelazadas por una vision unificadora de la relation entre practica legal y jusolicacion politica. De modo que cualquier concepcion general debe tener tamWen relaciones externas con otras partes o departamentos de moralidad politica y, a traves de estos, con convicciones ideolOgicas mas generates e incluso metafisicas. No quiero decir que cualquier abogado o filOsofo que adopta una conception general del derecho ya tendra desarrollaclo un punto de vista explieta y articulado sobre el sentido del derecho, o las importantes preguntas sobre personalidad, vida y comunidad sobre las que se basa dicho punto de vista. Solo me refiero a que su concepcion del derecho, en cuanto a que la ha desarronada, revelara una actitud hacia estos topicos se de cuenta o no cuenta de ello.

Concepciones escepticas y derecho perverso

dos nazis tenlan derecho?

He dicho que el pragmatismo legal es una concpeciOn esceptica del derecho porque rechaza la suposicion de que las decisones del pasado proveen los derechos para otras futuras. Algu nos filosofos del derecho, cuyas opiniones se asemejan bastante a dicha concepcian, las expresan en el reclamo nihilistic° de que el derecho no existe, que el derecho es una ilusiOn. Anal izaremos estos nostlados con mas detalle cuando estudiemos el pragmatismo legal en el Capitulo ,u

P.ero en primer Lugar, debemos setialar un recta mo diferente, mas discrimina-

s como para recibirse nombre. No tenemos nirmin problema en comprender ese reclamo una vez que entendemos que las teorias del derecho son interpretativas. Porque comprendemos que sostienen que las practicas legates condenadas de esa forma no producen ninguna interpretacion que pueda tener, denim del cualquier moralidad politica aceptable, un poder que la justifique.

Durante el apogeo de las teorias semanticas, los filosofos del derecho estaban mas preocupados por la insinuacion de que los Wares perversos en realidad no tenian derecho. El objetivo de las reglas semanticas era captar el uso "derecho" en forma general y asi cubrir las declaraciones que hacia la gente no solo en lo referente a su propio derecho sino tambien sobre sistemas legates extranjeros y diferentes desde el punto de vista historic°. Un argument° comtin contra las teorias sobre el "derecho natural", el cual sostiene que un esquema de organizacion politica debe satisfacer ciertas normas minimas para poder contar como sistema legal, es que nuestra practica lingilistica no niega el titulo de derecho a sistemas politicos obviamente inmorales. Nosotros afirmamos que los nazis tenian jurisprudencia, a pesar de que era muy mala. Se penso que este hecho de nuestra prktica lingiiistica apoyaba el positivism°, con su axioma de que la existencia del derecho es independiente del valor de dicho derecho, preferentemente a cualquier teoria de "derecho natural".

Si titiles teorias de derecho no son teorias seminticas de este tipo, pero en cambio son interpretativas de una etapa particular de una practica desarrollada a traves de la historia, entonces el problema de los sistemas legates inmorales tiene un caracter diferente. Las teorias interpretativas, por naturaleza, estAn dirigidas a una cultura legal en particular, por lo general la cultura a la cual pertenec sus autores. A menos que estas teorias sean muy escepticas, trataran el slow legal como un floreciente ejemplo de derecho, uno que pide y premia la actitu interpretativa. Las teorias legates muy detalladas y concretas que redactan ab gados y jueces para una jurisdiccion en particular, que se extiende al detalle su prktica adjudicativa, estan atadas a su jurisdiccion. En cambio, las concepci nes de derecho mas abstractas que formulan los filasofos no lo estan. Seria s pechoso, incluso alarmante, si se dijera que el convencionalismo, por ejempl fuera la interpretaciOn general de mayor exit° en la jurisprudencia de Rhode I land, per° no en la de Massachusetts o Inglaterra durante el mismo period°. S embargo, no hay rutin alguna para esperar que una concepcion incluso m abstracta se ajuste a los sistemas legates extranjeros desarrollados en ideologi politicas de un caracter muy diferente. Por el contrario, si una concepcion de d recho sustentadora ofrece hallar dentro de la estructura general de la practica gal de una comunidad en particular una justificacion politica de la coerciOn, e tonces no deberia ser sustentadora sino esceptica, sobre los sistemas legal que carecen de las caracteristicas esenciales para dicha justificacion.

Pero no por ello, si un abogado encuentra la mejor interpretacion del der cho anglo-norteamericano en alguna caracteristica que al regimen nazi le fal ha, debe entonces negar que los nazis tenian jurisprudencia. Su teoria no es u teoria semantica sabre las consecuencias de adoptar la actitud interpretativa co respecto a su propio sistenta legal. Con perfecta correcciOn lingo istica, puede

82 sistir en que los nazis si tenian jurisprudencia. Nosotros entenderiamos lo que
quiso decir. Su reclamo seria como la °pinion Tie merrione anteriormente, que era pas muy distintas de cortesia no dejan de ser etapas de la misma institu-

o pueden ser consideradas asi si l° deseamos. El querria decir que se pue-de conocer el sistema nazi como una de las hebras de una cuerda, una realiza-cian histOrica de las practicas e instituciones generates a partir de las cuales tambien se desarrollo nuestra cultura legal. Es derecho en lo que hemos deno-minado el sentido "preinterpretativo".

De modo que Etna vez que se extirpa el aguijon semantic°, no necesitamos preocuparnos demasiado acerca de la respuesta correcta a la pregunta sobre si los sistemas legales inmorales son considerados derecho. Mas bien, tendriamos que preocuparnos sobre esto en una forma diferente y mas positiva. Nuestro idioma es lo suficientemente rico como para permitir una gran discriminaelk y eleccion en las palabras que usamos para decir aquello que queremos decir, y por lo tanto, nuestra eleccion dependera de la pregunta que tratamos de responder, de nuestra audiencia, y del context° donde estemos hablando. No necesitamos negar que el sistema nazi fue un ejemplo de derecho, sin importar que interpretacion apoyemos de nuestro propio derecho, porque existe un sentido donde fue un derecho pleno. A pesar de ello, no nos resulta dificil comprender a una persona que afirma que el sistema legal nazi no era en realidad un derecho, o que era un cierecho pero en un sentido degenerado. o que era menos que un derecho completo. Porque no esta utilizando la palabra "derecho" en ese sentido; no esta formulando un juicio preinterpretativo sino esceptico acerca de que el derecho nazi carecia de las caracteristicas cruciales de los sistemas lega-les florecientes cuyas reglas y procedimientos justifican la coercion. Su juicio es ahora un tipo especial de juicio politico para el cual su lenguaje, si el context° deja esto bien en clam, es muy apropiado. Por supueRto que no podemos enten-derlo plenamente a menos que conozcamos la concepciOn de los sistemas lega-tes florecientes que favorece. Pero captamos su significado y sabemos que di-reccion tomara si continua con sus argumentaciones.

La flexibilidad del lenguaje legal

Las teorias semanticas como el positivism° limitan nuestro lenguaje negandonos la oportunidad de ver el "derecho" de esta rnanera inflexible, dependien-do del contexto o del sentido. Insisten en que debemos elegir, de una vez por to-das, entre sentido "amplio" o preinterpretativo, y "exacto" o interpretativo. (6) Pero esto paga un precio muy alto por la correccion lingilistica. Es cierto que el abogado queafirma que el derecho nazi no era derecho podria haber expresado el nusmo sentido de una forma diferente que apoyan los positivistas. Pero eso nos habna dicho menos de lo que piensa, revelado menos de su posicion dentro

la jurisprudencia, porque no habria indicado su opinion sobre las consecuenetas de la carencia de dichas caracteristicas. Por otra parte, en algunas ocasiones, esta restricciOn podria ser una ventaja. Seria innecesario e incluso una distraccion para el revelar mis (seria producir un arguinento irrelevante a su ac-

scienle.4-2-1—sisesieberrcleistrattansb pregunta sobre coma deben los jueces decidir los

lema postivista. Pero insistir tal como lo hicieron los positivistas, en que las teorias sobre los fundamentos del derecho no pueden ger Pn absoluto politicos, ou

qs ou se aecntus ja nleo

'asume ninguna posicion polemica con respecto a la fuerza del dere-

agerar ic o senticlo. Porque una teoria sobre fundamentos, cho, debe sin embargo ser politica, de una forma mas general y difusa. No declara que deberia hacer un juez en un caso en particular, pero a menos que su concepciOn sea profundamente esceptica, debe entenderse como si dijera que deberian hacer los jueces en principio, a menos que las circunstancias scan especiales en la forma que acabamos de sehalar. De lo contrario, no trataríamos la teoria como una interpretacion del derecho, coma una concepciOn de nuestro concept°. Seria un huerfano del escolasticismo, una teoria cuya tinico uso seria el de proporcionar pruebas para la memoria para estudiantes que unen lemas tales como "el derecho es el mandato del soberano" con el filosofo a quien per-tenece dicho lema. La jurisprudencia ha sido de esa forma durante demasiado tiempo.

Vale la pena sehalar, por Ultimo, la forma en que este proceso de abstraccion, que permite que los filOsofos del derecho discutan sobre los fundamentos del derecho, al abstraerse de su fuerza, Permite tam bien que los filOsofos politicos discutan en otra direccion, sobre la fuerza del derecho a pesar de que en cierto grad° difieran sobre sus fundamentos. Las teorias de desobediencia civil, y en forma mas general, de la naturaleza y el alcance de los deberes de los ciudadanos de obedecer la ley son complementarias de las clasicas teorias de derecho, porque las teorias de desobediencia civil son principalmente sobre la fuer-

y no sobre los fundamentos. Cuestionan cud! es el complement° de la pregunta de jurisprudencia: "Dado aquello que todos aceptamos como fundamentos del derecho, los paradigmas de la epoca, icuando los ciudadanos son libres desde el punto de vista moral para desobedecer aquello que cuenta como ley sobre la base de dichos fundamentos?" Por supuesto que este proceso de abstraerse de un tipo de desacuerdo para concentrarse en otro no tendria exits) si las Partes no estuvieran de acuerdo sobre los fundamentos del derecho, si uno rechazara todo lo que el otro tome) como paradigmatic°. No tendria sentido discuur hasta donde deberia obedecerse la ley si una de las partes pensara que los estatutos del Parlament° son la tinica fuente del derecho y la otra, atribuyera dicho poder a la Biblia. Pero si fueran muchas las personas que dentro de una co-:uonbitedniaad ds.iscreparan hasta ese punto sobre los fundamentos del derecho (si no comPartieran ningtin paradigma), la desobediencia civil seria el menor de sus

4. El convencionalismo

Su estructura

"La ley es la ley. No es aquello que los jueces creen que es sino lo que es en realidad. Su tarea es aplicarla y no cambiarla para adaptarla a sus propias eticas o convicciones politicas." Esta es la opinion de la mayoria de los legos y el himno de los consetvadores legales. Leido palabra por palabra, no dice casi nada y por cierto, nada polemic° para nosotros. Todas las personas de nuestros ejemplos estaban de acuerdo en que la ley es la ley y par lo tanto debe cumplirse: su Unico desacuerdo era sabre que era la ley en realidad. Sin embargo, el lema, re dactado sin mucho cuidado, significa alga mas que una banalidad; representa una actitud importante y abierta al desafio. Y ese desafio es el siguiente: se debe guiar la fuerza colectiva contra el individuo solo cuando una decision politica del pasado lo autoriza en forma explicita de manera tal que abogados y jueces, competentes sabran de que decision se trata, sin importar lo mucho que disierp tan sabre moralidad y politica.

La primera de las tres concepciones del derecho que presente en el capi lo anterior, que denomine convencionalismo, comparte la ambition general d popular lema, a pesar de que la interpretaciOn que construye es mucho mas til, en estas formas: la primera, el convencionalismo explica coma puede hac se explicito e indiscutible el contenido de decisiones politica del pasado. Batt que el derecho dependa de las distintas convenciones sociales que designs Co. mo convenciones legales; en particular, de las convenciones sobre cuales inst• tuciones deberian tener el poder de hacer la ley y en que forma. El convene nalismo insiste en que toda comunidad politica compleja posee dichas conve clones. En Norteamerica, se establece por convencion que el derecho ester Cu formado por estatutos sancionados por el Congreso o par las legislaturas esta les en Ia forma prescrita en la Constitution, y en Inglaterra, que las decision de la Camara de los Lores son valederas para los juzgados inferiores. El come' cionalisrno sostiene que la practica legal, Bien entendida, es una cuestion I respetar y hacer curnplir estas convenciones, de tratar su conclusion, y .[131 mas,

como ley. Si Elmer tiene derecho a la herencia segtin una convencion.' este tipo (si tiene derecho a ella segun las convenciones sociales sobre tiene el poder de legislar, sabre cam debe ejercerse dicho poder y coma de aclararse las dudas generadas par dicho lenguaje), entonces, tiene derecho gal a la misma, pero de lo contrario, no.

Segunda, el convencionalismo corrige la opinion popular del lego ac

que siempre existe una ley que hacer cumplir. La ley *por* convencion nunca es completa, porque constantemente surszen *nuevas* cuestianes que min no han-si do resueltas en ninguna forma por la institution que posea la autoridad convencional para resolverlas. (1) De modo que los convencionalistas agregan esta condition a su descripciOn de la practica legal. "Los jueces deben decidir esos casos nuevos de la mejor manera posible, pero por hipOtesis, ninguna de las partes tiene derecho a ganar en base a decisiones colectivas del pasado (ninguna de las partes tiene derecho legal a ganar) porque los tinicos derechos de ese tipo son aquellos que establece la convencion. Es asi como la decision que debe tomar un juez en los casos dificiles es discretional en este sentido: queda abierta por la correcta comprension de las decisiones del pasado. Un juez debe hallar algdn otro tipo de justification ademas de la garantia de la ley, y de cualquier requisito de coherencia con decisiones tomadas en el pasado, para apoyar lo que haga despues. (Esto podria pertenecer a la justicia abstracta, al interes general o a cualquier otra justification apercib id a.) Claro que la convencion puede converter a las nuevas decisiones en derechos legales para el futuro. Nuestras propias convenciones sabre precedente convierten cualquier decisiOn tomada por un alto tribunal acerca del caso Eimer, par ejemplo, en ley para futuros herederos asesinos. De esta forma, el sistema de reglas sancionadas por convencion va creciendo con solidez en nuestra practica legal."

Estos son los parecidos obvios entre convencionalismo y las teorias semanticas positivistas que discuti en el Capitulo 1. (2) Sin embargo, existe la siguiente diferencia importante. Las teorias semanticas sostienen que el mismo vocabulario de derecho ejecuta y hace cumplir la descripciOn que acabamos de dar, de modo que seria una especie de autocontradiccion que alguien sostuviera que la ley provee derechos mas alla de aquellos establecidos a traves de mccanismos sancionados por convencion. Por el contrario, Ia concepciOn convencionalista del derecho es interpretativa: no hace ningtin reclamo linguistic° o logic° de este tipo. Asume en cambio una postura janonista. de dos caras, acerca de cualquier interpretation. Sostiene que esta forma de describir la practica legal muestra a esta en su mejor perspectiva y por lo tanto, ofrece la description mas esclarecedora sabre lo que deben hacer abogados y jueces. Insiste en que esta es la mejor guth para saber que hacer y que sefiala la direction correcta para contmuar y desarrollar dicha practica. El convencionalismo no niega que muchos,abogados tengan opiniones opuestas acerca de Ia mejor interpretaciOn de la practica que comparten. Sostiene que estos abogados esthn equivocados, que carecen de perspicacia y perception y que malinterpretan su propia conducta. Pero no niega que hablen en serio y tampoco sugiere que digan tonterias.

. convencionalismo realiza dos reclamos directivos, posinterpretativos. El pruner° es positivo: que los jueces deben respetar las convenciones legales establecidas de su comunidad salvo en raras circunstancias. En otras palabras, insiste en que deben tratar como ley aquello que la convencion estipula como tal. patio que la convencion en Inglaterra establece que los actos del Parlamento son leyes, un juez ingles debe hacer cumplir hasta los actos del Parlamento que considere injustos o impropios. Esta parte positiva del convencionalismo co-rresPonde en su mayoria al lema de que los jueces deben obedecer Ia ley y no

crear una nueva en su lugar. El segundo reclamo, que posee la misma importancia, es negal ivo. Declara que no hay ley (ningtin derecho que surja *de* decisio-

El centro de cualquier concepciOn positiva del derecho, at igual que el convencionalismo o el derecho come integridad, es su respuesta a la pregunta de por que una politica del pasado es decisiva para los derechos del presente. Este se debe a que las distinciones que establece una conception entre derechos legales y otras formas de derecho y entre los argumentos legates y otros tipos de argumentos senalan el caracter y los iimites de la justification que cree que proporcionan las decisiones politicas para la coercion estatal. El convencionalisrno provee una respuesta at parecer atractiva a dicha pregunta. Las decisiones poi ticas del pasado justifican la coercion porque, y por lo tante solo cuando, prow cionan una advertencia justa al hacer que las ocasiones de coercion dependan de hechos simples, disponibles pars todos en lugar de juicios nuevos sobre mo f ralidad politica, que distintos jueces podrian hacer en forma diferente. Este es el ideal de las expectativas protegidas. El primero de los dos reclamos posinter• pretativos del convencioanalismo sirve pienamente a dicho ideal. El primer re clamo insiste en que una vez que un cuerpo sancionado por convencion ha to·po rnado una decision blen definida, y el contenido de dicha decision esta fijado convenciones sobre como deben entenderse las decisiones de ese tipo, los Joe ces deben respetar dicha decision, aun si piensan que una decisi6n diferente ha

lismo tambien sirva a] ideal de las expectativas protegidas. Sin embargo, Pued[e] hacerse un case razonable de to contrario. El reclamo negativo insiste en Ole un juez no puede apelar a la autorizacion legal para su decision cuando 0[3]4 puede demostrar que las convenciones lo obligan a hacer to que hate, Po!':7 que el ideal se corrompe por cualquier sugerencia de que las decisiones Ot[t'] cas del pasado pueden producir otros derechos y deberes diferentes de aque lies dictados per Ia convencion. Supongan que es obvio que la convencion dicta una respuesta en ninguno de los dos sentidos en el case McLoughlin'[11] convencion requiere que se sigan los precedentes, Pero solo cuando el nueo.k$_i$ case sea igual a los precedentes en sus hechos relevances, yen ningtin caso

terior se ha decidido si se debe otorgar Ia compensation por dews y perjuicios

en el caso de un dem einocional fuera de la eseena Liel **ACC ertte**

Supongan que entonces un juez anuncia, en el estilo de derecho come integridad, que los precedentes establecen el derecho a cobrar datios y perjuicios porque dicha interpretacion ***de*** los precedentes los pace moralrnente solidos en retrospectiva. Desde el punto de vista del ideal popular, esto es algo peligroso. Una vez que se ha aceptado que los principles pueden ser parte del derecho por razones que no reilejan convencion sino solo porque son atractivos desde el punto de vista moral, se abre el camino a una idea mas amenazadora: que algunos principles son parte del derecho debido a su atraccien moral, a pesar de que contradicen aquello que respalda la convencion.

El convencionalismo protege la autoridad de is convencion at insistir en que las practicas convencionales establecen tante el fin come el principle del poder del pasado sobre el presente. Sostiene que el pasado no admite ningtin derecho defendible en una Corte, a menos que estos sean indiscutibles por aquello que todos saben y esperan. Si la convencion permanece en silencio, no hay ley y la fuerza de ese reclamo negativo es que los jueces no deberian pretender entonces que sus decisiones tomaran otro sentido que aquel que ya fue decidido. Debemos proteger la convencion en esa forma, segtin el convencionalisme, incluso si pensamos que a veces Ios jueces deberian — en circunstancias dramaticas — burlar las convenciones. Supongan que las convenciones de Ia practica norteamericana hacen que las decisiones del pasado de la Corte Suprema sean parte del derecho. Estas convenciones establecen que en el future se debe seguir la decision de la Corte en el case de Plessy *vs* Ferguson pasta que se enmiende la Constitution. Si un convencionalista piensa que la Corte deberia haber ignorado el precedente Plessy en el case Brown porque la segregaciOn racial es en especial inmoral, insitira en que la Corte deberia haberie aclarado at Ribber) la naturaleza exceptional de su decision, que tendria que haber admitido que estaba cambiando la ley per razones no-legales. La concepciOn comencionalista del derecho, que prohibe que la Corte recta me cualquier ley fuera de la convencion, la forzaria a hacerlo.

Tambien puede pensarse que el reclamo negativo del convencionalismo sirve al ideal popular de un modo diferente, a peso' de que esto depende de agregar un conjunto de reclamos sobre come los jueces deberian decidir los cases dificiles cuando se ha agotado la convencion. Tal como acabo de decir, el [c]onvencionalista sostiene que no existe una ley para un caso come el de McLoughlin y que por lo tanto un juez debe tener discretion al crear una nueva

que [l]uego aplica en forma retroactiva a las partes del case. En dicha situacrib cabe estipular que el juez debe decidir de forma tat que comprometa to me- nos Posi b le sus propias cony icciones politicas o morales y oar Ia mayor deferen- cta posible a las instituciones convencionalmente autorizadas a hacer la ley. una vez que queda dare que el juez crea una nueva ley bajo estas circunstan- cias, tat como sostiene el convencionalismo, parece posible entonces que elija Ia [d]isaosicio'n que, segtin cree, elegiria la actual legislatura o, si no, la disposition que creit representa mejor la voluntad del pueblo.

_una) Desde este punto de vista, ello no es tan bueno come el hecho de encontrar . ecisien tomada por un cuerpo autorizado en el pasado. El juez puede estar [e]quivocado en su ju icio sobre aquello que habria elegido la legislatura y, aun si

Dos tipos de convencionalismo

Ahura podemos distinguir to que podria parecer dos formas o version convencionalismo. La primera, que podriamos denominar conventional'

sus conversions legates co

"estricto", restringe el derecho de una comunidad a la ex ı ıı· *de* son y e recedente. Y b segunda. llamernosla convencionalismo "moderado", insiste e pn que el derecho de una comunidad incluye todo dentro de la extension explicita de estas convenciones. (Un grupo *de jueces* convencionalistas moderados discreparia sobre el contena do exacto del derecho porque discreparia sobre el contenido de esta extension implicita.) Hay una *gran* diferencia en la forma de convencionalismo que consideremos. El convencionalismo estricto seria una conception muy restringida del derecho para nosotros porque las extensiones explicitas de nuestras convenciones putativas de legislacion y precedente contienen muy p_e po una importancia prktica en nuestra actual discusion. Si tratararno^{ooo}s de d ^{qu}escribir^{sea} una teoria de legislacion no muy polemica como para *regir* con caracter de consentimiento universal entre abogados y jueces, nos veriamos limitados a Ago ass "si las palabras de un estatuto admiten solo un significado, sin importar en quecontexto se encuentran, y si no tenemos razon alguna para dudar de que este es el significado entendido por todos los legisladores que votaron a favor o en contra del estatuto, o que se abstuvieron, y el estatuto asi entendido no logra ningtin resultado que no fuera la intention de aquellos que lo votaron y asi fuera comprendido por todo el public° a quien estuviera dirigido, y que ninguna persona sensata pensara que viola c¯ualquiera de las obligations sustantivas o procesales de la Constitution, u ofende cualquier opinion compartida por muchos acerca de la imparcialidad y eliciencia en la legislacion, entonces, las pro-auestas contenidas en dicho estatuto, entendido de esa forma, son parte del derecho de Ia comunidad".

judicial extralegal para hacer una nueva ley, cada vez que un estatuto sea vago, ambiguo o cause problemas y no exista otra convencion acerca de como debe ser interpretado. 0 bien cuando las dimensions de una cadena de precedentes son inciertas y los abogados disienten sobre su fuerza. Sin embargo, un convencionalista moderado no necesita admitir ninguna deficiencia en dichos casos. Puede argumentar que existe una forma correcta, nada polemica, de interpretar las convenciones abstractas de legislacion y el precedente de forma tal que pueden decidir cualquier caso que pueda presentarse. Puede afirmar que, segtin la correcta elaboration la variedad de perca en cuestiOn se salva (o es abandonada) por ley o que Ia senora McLoughlin recibe (o no) compensaciOn. Luego sostiene estas propuestas para la extension implicita de las convenciones legales; es decir, sostiene que son ley en su conception y de esa forma niega cualquier deficiencia que pueda tener.

De hecho, un convencionalista moderado podria negar la existencia de de ficiencias a pesar de que los abogados discreparan sobre estas convenciones abstractas, y de que muchos abogados negaran que los estatutos conforman la ley o que los precedentes ejercen una influencia sobre decisiones posteriores. Con un poco de imagination, el convencionalista moderado podria redactar una propuesta aun mas abstracta que todos acepten, que luego elaboraria en forma tal que constituya una propuesta de ley sobre el *snail darter.* Si existe conseasu en que la ConstituciOn es la ley fundamental, por ejemplo, podria argumentar entonces que este consenso proporciona una convenciOn abstracta cuya exten. si6n implicita incluye la propuesta de que se deben hacer cumplir los estatutos porque is mejor interpretaci6n de la Constitucion asi lo requiere, a pesar de que muchos abogados lo nieguen. En dicho caso, podria proceder como antes y ar- gumentar, a partir de esa propuesta intermedia, una conclusiOn concreta sobre esa variedad de perca.

Supongan que ni siquiera hay consenso acerca de que la Co nstitucion es la ley fundamental. El convencionalista moderado podria buscar un consenso aun mas abstracto. Imaginen, por ejemplo, que la sugerencia que hive en el Caput: lo 3 es aceptable: que existe un acuerdo muy difundido, aunque tacito, de que, sentido ultimo del derecho es permitir y justificar Ia coercion estatal de Indio- duos y grupos. El convencionalismo moderado podria encontrar en ese conseu: so en extremo abstracto una convencion de que los jueces deben seguir cual-

quier concepcion del derecho que mejor justifique la coercion y luego podria ar-

' 'nes la mejor segan_dichanormaalue esta convenciOn abstracta incluye en realidad, dentro de su extension implicita,

la propuesta de que deben seguirse los casos de precedente cuando no existe ninguna diferencia de principios morales entre los hechos presentados en los precedentes y aquellos del caso actual. Luego anuncia, casi sin aliento, que la ley garantiza una compensation para la senora McLoughlin, sea lo que fuere que piensen otros abogados. Otros abogados y jueces que eran igualmente convencionalistas moderados disentirian. Tendrian una opini6n diferente sobre cual concepcion mas concreta proporciona la mejor justification de la coercion, y por lo tanto, tendrian tambien una opinion diferente acerca de la extension implicita de la convenciOn abstracta en cuestion.

Espero que ahora resulte evidente que el convencionalismo moderado no es en realidad una forma de convencionalismo dentro de la distinciOn tripartita entre las convenciones que estamos utilizando. Mis descripciones iniciales del convencionalismo, en el ultimo capitulo y primera parte de este, no se adaptaban bien, tal como podemos ver ahora; solo se adaptan al convencionalismo estricto. Es mas bien una forma muy abstracta y subdesarrollada de derecho como integridad. Rechaza el divorcio entre derecho y politica que una teoria convencionalista con los motivos que he descrito trata de asegurar. Esta forma ilegitima de convencionalismo no impicle que un juez convencionalista moderado comprometa sus propias convicciones morales y politicas en su decision. Por el contrario, son precisamente estas convicciones (sobre las mejores tecnicas para interpretar un estatuto, sobre el lugar correcto de los estatutos en una estructura constitutional, sobre Ia relaciOn entre una constitucion y la idea de derecho, sobre la concepciOn mas solida de justicia) que determinara para el que elaboration de convenciOn abstracta es mejor y por in tanto, que requiere el derecho.

Nada dentro del convencionalismo moderado garantiza, o promueve, el ideal de las expectativas protegidas, de que se basarin en las decisiones del pasado para justificar la fuerza colectiva siempre que su autoridad y sus terminos sean indiscutibles desde el punto de vista de las convenciones ampliamente aceptadas. Tampoco protege el ideal en los otros sentidos que describi, identify Cando como especiales aquellos casos donde no existe una decision

anterior explicita que pueda seguirse. Desde la perspecliva del convencionalismo moderado, los casos que citamos como ejemplos estan gobernados por la ley y los jueces convencionalistas moderados que deciden estos casos no tendrian razon alguna para apartarse de sus opiniones sobre que haria Ia actual legislatura o cual es Ia voluntad del pueblo. Por el contrario, tendrian la razon normal para hacer caso omiso de cualquier creencia o information a ese respecto: de que la ley es 'a Icy y debe ser obedecida, sin importar lo poco popular que sea en el clima actual de Ia opinion politica.

Si el convencionalismo debe proporcionar una concepcien diferente del derecho, hash con relaciones remotas con Ia familia de attitudes populares que a.sumtmos expresaba, debe ser entonces un convencionalismo estricto y no mo- derado. Tenemos que aceptar que la parte positiva del convencionalismo (de pe los jueces deben respetar la extension explicita de las convenciones lega¹es) no puede °freed- ningiin consejo Util a los jueces que se enfrentan con Ca-

noceria que no habia ninguna ley y no se preocuparia por una **coherencia con el** pasado; procederia a hacer una nueva ley preguntando que ley **haria la actual a,** que desea el pueblo o gue seria to mejor para la **comuntdacien el futuro.**

Si los **jueces en el caso Elmer hubieran sido convencionalistas estrictos, ha**brian decidido **el caso en dos etapas. En primer lugar, habrian revisado la prac**tica judicial para ver **si casi todos los dernas jueces estaban de acuerdo en que** las palabras de un **estatuto deben tener su significado *literal", aun cuando esta** no fuera la intention de los **legisladores, o de to contrario, que no se debe atri**buir el significado **literal a las palabras bajo estas circunstancias. Los jueces de** ese caso **habrian dado una rapida respuesta negativa porque era obvio que** otros jueces no estaban de **acuerdo sabre ello. Ni Earl ni Gray pudieron haber** pensado **que su opinion era parte de la extension explicita de la convenciOn de** legislation porque cada uno sabia que muchos abogados **pensaban que el otro** tenia razon. De modo que habrian pasado de inmediato a **la segunda etapa legis**lativa: habrian tratado de descubrir que decision era la mas **sensata, junta o de-**mocratica o era la que mejor servia a la comunidad. No se habrian importunado con el tipo de argumentos que utilizaron, escudrifiando el estatuto, **obsesiona-**dos con la pregunta de si una decisiOn era mas coherence con su texto o espiritu, o la correcta relation entre el estatuto y el resto del derecho.

Estos tiltimos argumentos, que tiguran en distintas formas en la pregunta de como debe interpretarse el estatuto, solo tienen sentido sobre la base de que la ley que los jueces tienen in obligation de hacer cumplir depende **de la "co**rrecta" **interpretation** aun cuando sea discutible to que esta **es; esta es** exacta-mente la **suposicion que niega el convencionalismo. El caso de Elmer tampoco** es inusual al proporcionar este tipo de contraejemplo. En el caso del ***snail darter,*** bs **magistrados discutieron acerca de la correcta interpretation del Acta de** Protection del Medio Ambiente. Disentian sobre si estaban obligados por in teoria de legislaciOn **correcta a hacer cumplir la interpretation mas literal o sensata** del estatuto en ausencia de una evidencia confiable sobre la real intention del Congreso. Los jueces que decidieron el caso McLoughlin se preocupaban por la descripciOn mas exacta de los principios subyacentes en los casos de precedente citados, a pesar de que sabian que nada que perteneciera a la extension explicita de una convencion establecia que eran estos principios o que peso ha- cbiladoqpouerdarles. En el caso Brown la Corte Surema discutici que esquema de ius- de protection en dicho esquema y que impacto tenia en realidad dicha c

Presuponia la estructura de la Constitution, que lugar ocupaba la clausula lausula sobre la autoridad legal del Estado de Kansas para legislar un sistema esc o lar, a pesar de que cada magistrado sabia que **nada de esto estaba estable-** _ Nn me refiero a que un convencionalista cohibido ignoraria estatutos y pre-

ce
codm entes cuando fuera polemica la fuerza que debe atribuirseles. No los trataria , Fuentes de derecho, pero su responsabilidad general cuando cree que se acabado to ley es hacer la mejor ley que pueda para el futuro, y podria llegar T.. re cuParse por la doctrina legal del pasado por razones especiales que tie-
que ver con dicha cuestion. Si cree que debe hacer una nueva ley en forma mfc riltica, dentro del espiritu de la actual legislature o el actual clima de opi-
nion 1. ar. puede recurrir a decisiones del pasado como evidencia de aquello

que poseen las personas en virtud de la coherencia de principio, un juez convencionalista podria tener una vision interna en esa forma de coherencia hacia esas

cripciOn diferente. PO dria dear que cuan' se las personas tienen el derecho moral a aquello que el derecho coma integridad recta= como sus derechos legates. latego, decidiria pleitos dificiles tal como to hacen sus hermanos con la misma mentalidad de integridad. Sin embargo, estamos estudiando interpretations substantivas de la practica legal y no teorias semanticas y nuestro actual interes en el convencionalismo se basa en su rectamo negativo de que la convention agota el poder normativo intrinseco de Las decisiones anteriores. El convencionalismo es una teoria sabre los derechos legates de las personas en el sentido que identificamos coma crucial para la jurisprudencia y no una propuesta sabre coma deberia usarse "legalTM. Cualquiera que piense que la coherencia de principio, y no solo de estrategia, debe hallarse en el centro de la adjudication, ha rechazado el convencionalismo, se haya dado o no cuenta de ello.

ConvenciOn y consenso

De modo que la caracteristica de nuestra propia practica legal que parecia hacer del convencionalismo una buena interpretation de la practica legal (Ia profunda y constante preocupacion que jueces y abogados demuestran acerca de la "correcta" interpretation de los estatutos y precedentes de casos dificiles) es en realidad un inconveniente para dicha conception. Proporciona un argumento casi fatal contra el convencionalismo aun coma una interpretation decente de nuestra practica. Sin embargo, ofrecere otro tipo de argumento en cow tra del convencionalismo. porque exponer cada uno de los defectos de dicha concepciOn ayuda a senalar el camino hacia otra mejor. El argumento concluido estudia el razonamiento legal en una muestra representativa, los detalles de is controversia caso par caso. Alin no he objetado la suposician con que comienza el convencionalismo: que sea mat fuere el consenso alcanzado por los abogados sabre legislacian y precedente es vista coma una cuestion de convention. iNo es asi? Esa pregunta nos pide que cambiemos nuestra perspectiva y no consideremos nuestra practica legal tomando una muestra representativa sino dentro de un periodo de tiempo.

Supongan que casi todos los abogados y jueces de I nglaterra aceptan que si un estatuto es correctamente aprobado por el Parlamento con consentimiento real y no cabe ninguna duda sabre to que quiere deck el tenguaje del mismo, tonces la ley es la que el estatuto afirma que es. Todos ellospiensan que esto se "sobreentiende" y to cuentan coma uno de sus paradigmas del argumento legal. Sin embargo, este supuesto consenso tiene dos explicaciones posibles. Tal vez, abogados y jueces aceptan dicha proposiciOn coma verdadera por convention to que significa verdadera solo porque todos los dernas la aceptan, del misrna modo que todos los jugadores de ajedrez aceptan que el rey puede moverse to un casillero por vez. 0 tal vez, abogados y jueces aceptan la proposicion coo obviamente verdadera aunque no verdadera par convention: quizas el consenso es un consenso de conviccion independiente, de la misma forma que todos aceptamos que esti mal torturar a bebes o condenar a personas inocentes. diferencia es la siguiente. Si los abogados consideran que una

Una concepciOn del derecho es una interpretation general, abstracta de la practica legal en su totalidad. Ofrece mostrar la practica desde su mejor perspectiva, desarrollar algtin argumento acerca de la razon por la que el derecho, basado en dicha concepciOn, proporciona una justification adecuada para la coercion. Hasta ahora nos hemos preocupado por una dimension sabre la que debe probarse cualquier interpretation general de ese tipo. Debe ajustarse a nuestra practica y hemos descubierto importantes razones para creer **que** el convencionalismo no lo hace. ZY que pasa con la otra dimension? Si, contrario a mi argumento, el convencionalismo se ajusta a nuestras practicas legates, eproporcionaria una justification sensata o incluso decente de las mismas? A comienzos de este capitulo, describi un argumento que lo haria. Este argumento apelaba a lo que denomine el ideal de las expectatjvas protegidas, esa fuerza colectiva deberia ser usada solo segtin las normas elegidas e interpretada a traves de procedimientos que toda la comunidad sabe que seran utilizados para ese proposito; procedimientos tan reconocidos que son cuestiones de convenciones sociales o profesionales. Ahora debemos pregu ntar si ese ideal es acertado y hasta que grado apoya en realidad el convencionalismo.

Imparcialidad y sorpresa

Debemos aclarar una posible fuente de confusion. Podria pensarse que el ideal de la expectativa protegida es un ideal democratic°, porque propone que solo se use la coerciOn cuando esta autorizada pair procedimientos que el pueblo ha aceptado. (6) Sin embargo, esta apelacion a la democracia confunde dos Preguntas: tEl pueblo deberia tener la Ultima palabra, a traves de instituciones democratic_amente elegidas, sabre como los jueces deciden los casos? eQue teona deberia elegir o aprobar el pueblo sabre como los jueces deberian decidir sus casos? Tanto en los Estados Unidos coma en Inglaterra, asi coma tambien en cualquier pais democratic°, el pueblo posee el poder residual de alterar cualquier practica judicial. Pueden elegir legisladores que el per de impo- nor su voluntad a los jueces de una manera o de otra. (7) tienen Mora pedimos res- puestas a la segunda pregunta. iPodemos LaMar alguna razon de por que estos teeisladores elegirian un sistema convencionalista de adjudicacion?

Alcluien podria decir: "El sistema convencionalista es el mejor porque Ia im- Parcialidad requiere que se avise al pueblo cuando pueden interrumpir sus pla- nes por rsala intervention del poder estatal, privandolo de libertad, propiedad o de oportunidad. Una intervention de ese tipo kilo se justifica cuando se Ilan anunque o anternano las ocasiones de intervencion *de* forma tal que cualquiera este escuchando comprendera lo que se diga. De mod° que se deben esta- nntiinritilPartmairdolesss, ben resPetar estrictamente las convenciones sabre la manera que se de- cusi inst7c,ciones y fijar su contertido, para que no sea tema de dis- er que son estas instrucciones. Por supuesto, no importa cuan se ea d,n estos procedimientos

situaciOn es inevitable y que ninguna teoria de adjudica-ciOn puede evitarlo. Defiende el convencionalismo afirmando que protege a las personas de la sorpresa lo mejor posible. Sin embargo, si tuvieramos solo es objetivo en mente, elegiriamos una teoria de adjudicacion diferente, que podrl-arnos denominar 'convencionalismno unilateral" o solo "unilateralismo". po- 108

eas palabras, el unilateralism° establece que debe ganar el demandante si el o tiene el derecho de ganar establecido en la extensidn explicita de una_coz—vencion legal, de lo contrario debe ganar el dernandado. (8) lnsiste en que se observe el *statu qua* en la Corte a menos que una disposicion dentro de la exten-sion explicita de una convencion legal requiera lo contrario. De modo que el unilateralism° sostiene que el senor O'Brian no debe pagar danos y perjuicios por el daft° emocional que le causo a la senora McLoughlin, pese a que el juez piense que una disposicion contraria seria lo mas conveniente para el futuro. (9)

En un departamen to de derecho penal, la practica anglo-norteamericana es, ta muy cerca del unilateralism°. (10) Creemos que no se deberia hallar a nadie culpable de *un* crimen a menos que el estatuto o cualquier otra parte de b legis-laciin establezca que el crimen es tan obvio que tendria que haber sabido que so acto era criminal o lo habria sabido si hubiese intentado descubrir si lo era. En los Estados Unidos este principio posee el grad o de un principio constitucio-nal, y la Corte Suprema ha derribado en varias ocasiones convicciones crimina-les porque el supuesto crimen estaba definicio en forma muy vaga como para ha-cer la notificaciOn necesaria. 01) Pero nuestra practica legal no es unilateralis-ta de esta forma sobre los vastos alcances del derecho privado que hemos dis-cutido en este libro; muy a menudo, los jueces fallan a favor del demandante, tal como lo hicieron en el caso McLoughlin, cuando segtin el convencionalismo, el demandante

El convencionalismo estricto parece mas apto que el unilateralism° precisamente porque es bilateral. No estipula que el demandado tiene derecho a ganar un juicio cada vez que y sato porque el demandante no lo gane. Sin embargo, el hecho en si requiere que *un* convencionalista halle una justificaciOn un tanto mas compleja que aquella que acabo de describir. Debe sostener no solo que la sorpresa es ineficiente e indeseable sino que en ciertas circunstancias se debe aceptar la sorpresa debido a un principio o politica mas importante. Debe demostrar que estructura bilateral del convencionalismo disimula, en efecto, circunstancias diferentes: aquellas donde se debe eliminar la

Cs:ree:6Ynayquecoellardsind

por estas diferentes razones, debe ser tolerada.

Algunos filosofos del derecho ofrecen un argumento que intenta exacta-mente eso.Tratan de explicar por que la sorpresa es por lo general indeseable y tarnbien cuando se la debe aceptar a pesar de todo. Presentare el siguiente ar-

no posee ningtin derecho legal para ganar.

Nuestra practica seria muy diferente si fuera por lo general unilateralista. Se empezarian muchos menos juicios porque el demandante entablaria juicio solo si tuviera derecho a ganar, en cuyo caso el supuesto demandado no se de-fenderia y se limitaria a *pagar.* Las personas podrian seguir entablando juicios cuando los hechos estuvieran en discusion, Ixtrque cada parte podria esperar poder convencer al juez o jurado de que su vision de los hechos es correcta des-de el punto de vista historic°. (12) Pero no se comenzaria ningtin caso con la es-Peranza de convencer al juez de "extender" *una* disposicion indiscutible de una manera polemica y (lo que es aun mas importante) nadie ajustaria nunca su con-ducta en anticipacion a que una Corte extienda la disposiciOn si por alguna ra-zon sus asuntos llegaran ante ella. Es por eso que el unilateralism° no es una in-terPretacion idOnea de nuestra conducta y practica legales.

;

que hemos presentado posee dos *partes:* pnmera, que una adjudicacion e '1.-brio exacta entre prediccion y flexibilidad y, la segunda, que ese equilibria exacto este apoyado por jueces que siempre respeten Las decisiones explicitas anterio-res tomadas por instituciones politicas y no que hagan cumplir decisiones por conturnacia en la forma que lo hace el unilateralismo. La segunda parte parece mas vulnerable que la primera. ePor que esa politica Inas bien rigida asegura el equilibrio exacta y no una politica mas sofisticada que podria ser sensible a los distintos meritos de predicciem y Ilexibilidad, caso por caso? La segunda con-cepcion general del derecho que presente en el tiltimo capitulo, el pragmatismo legal, sostiene que la gente nunca tiene derecho a nada que no sea la decision judicial, es decir, tomartdo todo en cuenta, la mejor decision para toda la come nidad, sin respetar ninguna decisiOn politica anterior. No tienen derecho a que se use el poder colectivo del Estado a favor o en contra de ellos en virtud de lo que una legislatura u otra Corte ha decidido en el pasado. Pronto veremos que el pragmatismo es menos radical de lo que esta descripcion lo hace pareoer, pues reconoce razones de estrategia de por que se deben hacer cumplir los es-tatutos segtin su significado evidente y por que deben respetarse decisiones ju-diciales del pasado en casos actuates, De lo contrario, el gobierno perderia su roder para controlar el comportamiento del pueblo y esto, obviamente, danaria la comunidad. Sin embargo, estas no son mas que razones de estrategia, y un pragmatic() cree que los jueces siempre tendrian que estar preparados para re-chazar dichas razones cuando crean que cambiar las reglas establecidas en el pasado es por el interes general, a pesar de causar un pequeno daeo a la autori-dad de las instituciones politicas.

Una sociedad francamente comprometida con el pragmatismo legal seria diferente de una timida sociedad convencionalista. Supongan que la senora McLoughlin estuvo en la escena del accidente; seem el convencionalismo, elia tendria el derecho legal a cobrar recompensa en virtud de decisiones anterio-res. Un juez pragmatic° podria decidir, en dicho caso, hacer caso omiso de es-tas decisiones del pasado. Debe ser sensible a consideraciones estrategicas, lo que incluye su preocupaciOn por las virtudes de coordinaciOn. De modo clue, aun si pensamos, desde el punto de vista economic°, que la mejor decision sena negar cualquier tipo de recompensa por danos emocionales, se preguntaria sic.] papel que desempena la ley al alentar la confianza y la coordinacion sufriria al-gOn dem si ignorara los precedentes y, si asi fuera, si esta perdida se compensa. ria con la ganancia que preve gracias al cambia. Pero podria llegar a la concha skin de que el dem causado al papel que desempeha el derecho es pequ en° y la ganancia econemica, grande, y decidir no otorgar ninguna recompensa. La Me: rencia practica entre las dos tearias de adjudicaciOn es la siguiente: en un rep-men convencionalista los jueces no se considerarian con la libertad de cambial-reglas adoptadas segain las convenciones legates en vigencia solo porque trna regla diferente seria mas justa o eficiente. En un regimen pragmatic° no se re-conoceria ninguna convencion de ese tipo, y a pesar de que los jueces normal-mente harian cumplir las decisiones tomadas por otras instituciones politico en el pasado, reconocerian que no es un deber hacerlo. En una sociedad coa-

vencionalista, una persona que planea sus asuntos podria basarse en decisiones del pasado sancionadas par convencion. Pero en una sociedad pragmatic& ten-&fa quedre ear st los jueces consideraran su caso coma uno donde las virtu-des de la prediccion son menos importantes que la sustancia de la ley, y si, si consideraran mas importante la sustancia, pensaran en una decision para esa persona, mejor o pear para la comunidad. El pragmatismo torna mas dificil pre-decir que haran las cortes en los casos que, desde el punt° de vista del conven-cionalismo, son fades. Sin embargo, el pragmatismo tiene tambien las vetuajas correspondientes. Otorga libertad *a* los jueces para cambiar las reglas cuando crean que el cambio seria mas importante que cualquier mal que dicho cambio pudiera causar. Tambien alienta a la comunidad a anticipar dichos cam bios y asi logra una buena parte del beneficio del cambio sin el gasto del pleito, o el costo-so, incierto y extrane proceso de legislacion.

zCual de estos dos regirnenes diferentes (el convencionalismo o el pragina-tismo) parece poder lograr el rnejor equilibrio entre prediccian y flexibilidad y por ende, la estructura mas eficiente para coordinar las ac.ciones de los ciudada-nos a largo plazo? No tenemos razon alguna para pensar que uno u otro seria mejor para todas las comunidades en todo momenta. Mucho dependera de los detalles del desarrollo economic°, de las pautas de comercio, tecnologia, ideo-logia, tipos y niveles de conflicto social, etcetera. Por supuesto que estas carac-teristicas de una sociedad sufriran la influencia de su estilo dominante de adju-dicacion. Sin embargo, esto hace que sea menos razonable suponer que cual-quier argumento a *priori* podria demostrar que una estrategia sera siempre la correcta. En este hecho, poseemos un argument° de que si tuvieramos que ele-gir una de las dos estrategias para un futuro indefinido sena mejor elegir el Pragmatismo, porque se adapta con mayor facilidad. Si la estructura social y economica de nuestra comunidad se desarrolla en forma tal que *en* retrospecti-va parece que una estrategia convencionalista habria sido mas adecuada, el Pragmatismo ya habra llevado la norma de adjudicacian muy cerca del conven-oonalismo. Pues tanto los jueces como las personas comunes y corrientes ha-bran visto que el campo que deberia dominar la prediccion es muy amplio, y los ciudadanos haran sus planes suponiendo que los jueces adoptaran esa perspec-tiva y por lo tanto, no revocaran la practica legal establecida con tanta frecuen-eta. Sin embargo, lo opuesto no es verdadero. El sistema convencionalisia care-ce. de la capacidad necesaria para alcanzar algo como la flexibilidad del pragma-tisme, porque cualquier mitigacion provocaria inevitablemente el fracas° de cuaiquier expectativa alentada por el pUblico.

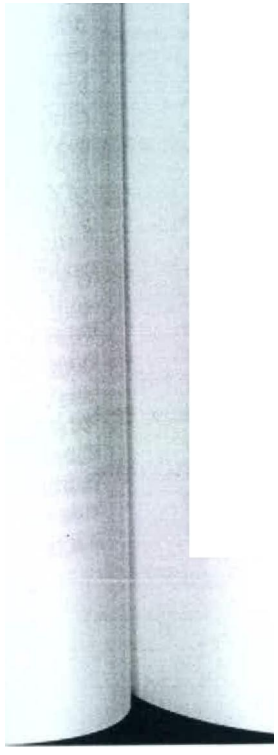
Con ello, no quiero decir que apruebo el pragmatismo. Sus meritos y defec-Ws, son el tema del siguiente capitulo. Mi tinico objetivo es proporcionar la si-gthente respuesta al *argument°* de la coordinacian como un argu memo a favor .del convencionalismo. Si nos vemos tentados a elegir el convencionalismo so-.13re, la base de que proporciona una estrategia aceptable para alcanzar el equili-tro rnas eficiente entre seguridad y flexibilidad, deberiamos elegir el pragrna-tismo, aide parece una estrategia mucho mejor. En resu men: en la primera par-te de este capitulo, afirme que el convencionalismo no se adapta bien a nuestras practicas legales. Pregunte si dicha concepciOn justificaria estas practicas, al

pintar un cuadro atractivo del sentido del derecho, si se adapta bien. Hemos visto que no es asi, que no tenemos razor alguna de forzarlo a que se adapte. fracase del convencion allsmo (mow interp ertacion de ion• ho es complete: fracasa en ambas dimensiones de la interpretac

5. Pragmatismo y personificacion

Una concepcion esceptica

Muchos lectores deben haberse sorprendido y por lo tanto, a algunos debe haberles encantado mi primera descripciOn del pragmatismo legal en el Capitulo 3. Ahora, debo reemplazarla por una descripcion mas compleja, aunque espero mas impresionante, destinada a mostrar la diferencia principal entre pragmatismo y derecho como integridad. El pragmatic° adopts una actitud esceptica con respect° a la suposicion que consideramos personificada en el concepto del derecho: niega que las decisiones politicas del pasado proporcionen cualquier justificacion ya sea para usar o retener el poder coercitivo del Estado. Halla la justificaciOn necesaria para Ia coercion en Ia justicia, la eficiencia o cualquier otra virtud contemporanea de la decisi6n coercitiva misma, como cuando la to-man los jueces, y agrega que la coherencia con

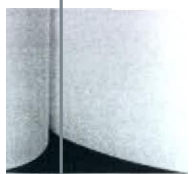


cualquier decision legislativa o judicial del pasado no contribuye en principio a Ia justicia o la virtud de cualquier decision actual. Cree que si los jueces se guian por este consejo, a menos que cometan grandes errores, la coercion que dirigen hara que el futuro de la comunidad sea mas briliante, liberado de la mano muerta del pasado y del fetiche de la coherencia, por su propio bien.

Por supuesto que los jueces disentiran sobre que regla, establecida en que circunstancias, seria la mas convenience para el future sin tener en cuenta el pasado. En algunos cases disentiran porque discrepan acerca de las posibles consecuencias de una regla en particular, yen otros, porque tienen distintas opiniones de lo que es una buena comunidad. Algu nos pen saran que una buena comunidad nunca establece reglas coercitivas a menos que sea para hacer cumplir deberes morales, y por lo tan to que se oblique al senor O'Brian a compensar a la senora McLoughlin si, y solo si, tiene el deber moral de hacerlo. Otros pensaran que el valor de una comunidad no depende de otra cosa que no sea su prosperidad, de modo que se deberia forzar al senor O'Brian a la compensaciOn si la practica de Ia compensacion requerid a en estas circunstancias aumenta el bierlestar de la comunidad en so totalidad. El pragmatismo como concepcion del derecho no estipula cuales de todas estas distintas visiones de una buena comunidad son seguras y atractivas. Alien ta a los jueces para que decidan y acttien segun sus propios puntos de vista. Supone que esta practica servira mejor a la comundad (la acercara mas a lo que es una sociedad justa y feliz) que cualquier °tro Programa alternativo que requiere coherencia con decisiones tomadas por otros jueces u otras legislaturas.

Segtin nuestra description abstracta. "conceptual" de la practica legal, **una persona posee** el derecho legal a ganar un juicio, si es que **dicho derecho proviene de decisionesnotiticas-anterieres-H-eenvenecioesitsme-efreee-una-teoria positiva, no esceptica** sobre cuales son los derechos legates que posee **el pueblo: sus derechos legates son aquellos derechos que las convenciones extraen de decisiones politicas del pasado. El derecho como integridad es tambien una teoria no esceptica de derechos legates: sostiene que** el pueblo posee como **derechos legales los derechos avalados por los principios que proporcionan la mejor justification de toda la practica legal: Por el contrario, el pragmatismo niega que las personas posean derechos legates: sostiene que nunca tienen derecho a to que de otra forma seria peor para la comunidad solo porque lo dijo una legislatura o un grupo de jueces decidio que otras personas to serian.**

Los derechos y deberes legates son una parte familiar de nuestra escena legal; por to tanto, podria sorprenderles que alguien propusiera el pragmatismo **como una interpretaciOn aceptable de nuestra actual practica. Sin embargo, los pragmaticos pueden explicar por que el lenguaje de los deberes y derechos figura en el discurso legal. Sostienen, sobre una base pragmatica, que a veces los jueces deben actuar *como* si las personas tuvieran derechos legates, porque at actuar de ese modo sirven mejor a la sociedad a largo plaza. El argumento pans esta estrategia de *"como si"* es bastante claro: la civilization es imposible a me-. nos que todos acepten que las**



decisiones de una persona o grupo bien definido establecen normas ptiblicas que si es necesario serin puestas en vigor a travel del poder de la policia. Solo la legislation puede determinar tasas impositivas, mercados estructurales, codigos y sistemas de transit° fijos, estipular tasas de **interes aceptables o decidir que manzanas de estilo georgiano deben ser** protegidas **de la modernization. Si se viera a los jueces elegir la legislation, hacienda cumplir solo aquellos estatutos que aprueban, esto haria fracasar** el objetivo **pragmatic° porque no mejoraria las cocas sino que las empeoraria. De modo que despues de todo, el pragmatismo debe ser una interpretaciOn aceptable** de nuestra practica legal, si resulta que nuestros jueces declaran que las personas tienen derechos legates solo, o principalmente, cuando **un juez pragmatic° cohibido** pretende que si los tienen. El pragmatismo podria ser mucho menos radical en la practica de lo que parece ser en teoria.

Los abogados **academicos que mencione en el Capitulo 1, que se hacian llamar mrealistas", to hicieron parecer muy radical. Algunos de ellos se complacieron en hater declaraciones provocativas con respecto a su position: el derecho no existe, dijeron, o Ia ley es solo la prediccion de to que haran las cozies o lo que el juez tome) como desayuno. A veces transforman estos reclamos dramaticos en teorias semanticas: algunos de ellos dijeron que las propuestas de der• cho son sinOnimo de las predicciones sobre que haran los jueces o son solo expresiones de emotion y no propuestas. El realismo esta ahora fuera de mods, en parte como consecuencia de esos tontos reclamos semanticos. Es obvio** que las propuestas de derecho no son predicciones disfrazadas ni expresiones de deseo. Como consecuencia de ello, los profesores de derecho ensean a sus alumnos que el realismo legal fue una exageracian innecesaria de los hechos sobre la practica legal mejor descriptos en una forma menos acalorada. Sin embargo, el pragmatismo es una conception interpretativa del derecho y no una teoria semantica. Ahora tratare de demostrar que es una conception del dere-

cho mas poderosa y persuasiva que el **convencionalismo y un desafio mas fuerte del derecho como integridad.**

pragmatismo es conveniente?

Derechos de tipo "coma si"

Deberiamos comenzar nuestra prueba del pragmatismo con Ia pregunta formulada hace un momenta. Los jueces **y abogados reconocen los derechos legates principalmente en circunstancias que podrian explicarse sobre una base pragmatica? Debemos preguntarnos que estrategia adoptaria un sofisticado juez pragmatic° y timid° at pretender que las personas poseen derechos legates. Trataria de hallar el equilibrio exacto entre la predicci6n necesaria para proteger las valiosas instituciones legislativas y el precedente y la flexibilidad necesaria para si mismo y otros jueces para mejorar el derecho a traves de to que hacen en la Corte. Cualquier estrategia general para lograr esto seria tentativa: un juez pragmatic° estaria dispuesto a revisar su practica agrandando o contrayendo el alcance de lo que el considera derechos legates cuando la experiencia inejorara los complicados calculos sobre de que estrategia dependera.**

Sin lugar a dudas, par las razones senaladas, incluiria en su lista de derechos legates del tipo *"como si"* los derechos que una legislaciOn clara aparenta wear. Pero no necesariamente decidiria honrar todos los derechos que proveen todos los estatutos. Podria excluir estatutos antiguos como aquellos que prohiben la anticoncepcion, por muy claros y precisos que sean, si solo son vestigios de politicas abandonadas mucho tiempo atras, si no representan una decision politica **contemporanea y por to tanto no desempenan ningtin rot titil en la coordinackm** del comportamiento social actual. (1) En general, reconoceria como derechos de tipo *"coma sr* aquellos derechos declarados por otros jueces en decisiones anteriores, pert tampoco incluiria todas estas decisiones. Pensara que los jueces deberian retener el poder de invalidar decisiones judiciales anterio-

res si fueran desatinadas, aun cuando fueran to bastante claras coma para guiar a tma los htigantes. De modo que una firme estrategia de tipo *'cow, sr* produciria doctrina atenuada de respeto por los estatutos **y precedentes.**

Sin embargo, un pragmatic° sofisticado se veria tentado de todos modos, Por razones que consideraria bastante respetables, a disfrazar estas atenuaciones. Podria pensar que es mas conveniente a veces pretender que hate cumplir la estatuto anticuado y obsoleto o un precedente tonto y malicioso cuando en reandad lo que hace es ignorarlo. En ese caso, podria ofrecer su decision como una sorprendente "interpretation" del estatuto o precedente cuando en verdad [40] eS nada de eso. Un pragmatic° minucioso consideraria la cuestion de disfrazar. Y hasta que punto, su actual decision de esta forma coma otra cuestiOn es-

ca. **comunidad esta tan ansiosa de que sus jueces** no se comporten con? 0 pragmaticos que esta "mentira noble" les ayudara a servir a sus

al descu: brir par que el convencionalismo results pear que el pragmatismo para corobl· n.ar la conducta social. Si la genie sabe que se aplicara una nueva regla en forma retroactiva se comportara de acuerdo con cualquier regla que imagine sera cot siderada de inheres general en las cones y esta sera gran parte de la ventaja (Pi[e] proveeran dichas reglas sin tener la necesidad de sancionarlas o adjudicarla[s]. Imaginen que nunca se decidio si La personas que aceptan on cheque que cre, fraguado pueden cobrarlo, a pesar de ello. la legislatura no ha tenido nunca oportunidad de pronunciarse con respect° a este asunto y la cuestion no se ha presentado nunca ante una Corte. Pero es obvio para cualquiera que trabaje con y reflexione sobre el asunto que es por el Men del public() negar su cobro en dichas circunstancias. Si una persona a la que le ofrecen un cheque obviamente fraguado tree que si la cuestion llega a juicio la Corte establecera una disposicidn que niegue el cobra de dichos cheques en el futuro y aplicara dicha disposiciOn en su contra, no aceptara el cheque en la primera instancia y la sociedad gozara del beneficio de una mejor regla sin pagar los gastos de un litigio o incurrir en las desventajas de una mala practica comercial antes de que el caso se litigue.

El viejo ohstdculo

De pronto parece que el pragmatismo, lejos de adaptarse a nuestras practicas legales pear de lo que hace el convencionalismo, se ajusta mejor a ellas. Probamos el convencionalismo contra dos perspectivas de nuestra practica: en una muestra representativa, como una descripciOn de lo que ciertos jueces en particular hacen sabre casos particulares, y a tray 'es del tiempo, coma una histona sabre la forma en que se desarrolla y cambia la cultura legal. El convencionalismo fall° desde esta tiltima perspectiva. Su cuadro del derecho como una cues-lion de convenciones (un juego con espacios en blanco entre las reglas) proporciona una description distorsionada de coma se llego a cuestionar y cambiar practicas establecidas. El pragmatismo

no a otro anterior. Imaginen que un juez pragmatic° decide el case de la senora McLoughlin. Deja de lado la pregunta sobre si existe una diferencia importante de principle entre el caso de una madre que sufre danos emocionales al ver a su hijo atropellado por un automovil y una madre que sufre el mismo tipo de lesiOn al ver a su hijo ensangrentado en un hospital. Insiste en que se deben separar los dos casos. En el primer caso, existe un precedente directo y sabe que una estrategia acertada le exigiria que siguiera ese precedente. En el segundo, no existe ningun precedente directo, de modo que se siente Libre para decidir si existe o no una diferencia de principio entre los dos cases. Conectar los dos casos no estimula la planificacion, dado que de todos modos la conexion es polemica y la separation de los mismos mejora la flexibilidad. Una vez mas, una defensa del pragmatismo podria ser el hecho que se adapta a aquello que los jueces hacen y dicen en los cases dificiles solo si suponemos que un pragmatic° tendria buenas razones para construir y deferir a la mejor description del principio subyacente en los casos anteriores en estas situaciones. Esta suposicion es muy poco probable. El public° no se sentira horrorizado si se le inferma que los precedentes se ran confinados a sus hechos. El poder general de los precedentes para guiar el comportamiento no se vera en peligro si los jueces rechazan seguirlos cuando el consejo que dan es confuse.

De modo que se puede rescatar el pragmatismo come una buena explicacion para nuestro cuadro de la muestra representativa de la adjudication solo por medio de una maquinaria rigida que parece muy inapropiada. Solo se to puede rescatar si no tomamos las opiniones judiciales en su significado literal; debemos considerar que todos los jueces que se preocupan por estatutos y pre-cedentes problematicos practican una forma inmotivada de decepciOn. Se debe considerar que inventan nuevas reglas para el futuro segun sus propias conic- clones acerca de lo que es mejor para la sociedad, fibres de cualquier derecho supuesto que surja de la coherencia, pero que por razones desconocidas las presentan bajo el uniforme false de reglas extraidas del pasado. El pragmatismo re' quiere epiciclos para sobrevivir como una interpretation idonea de nuestra era pia practica, y solo se pu Prier! tolerar estos epiciclos si el pragmatismo es tan Po-

deroso en la segunda dimension de la interpretation legal, tan atractivo come una justification politica para la coercion estatal, que merece un apovct hero' n o es asp.

Ley sin derechos

El pragmatismo es una conception esceptica del derecho porque rechaza los derechos legates genuinos y no estrategicos. No rechaza la moralidad ni los derechos politicos o morales. Sostiene que los jueces deberian seguir cualquier meted° para decidir los casos que produzca lo que ellos creen es lo mejor para la comunidad para el future, a pesar de que algunos abogados pragmatices pensarian que esto se refiere a una comunidad mas rica, feliz o poderosa y otros elegirian una comunidad con menos

incidentes o menos injusticias, con una mejor tradition cultural y lo que se denomina una calidad de vida mas alta. El pragmatismo no descarta cualquier teoria sobre que hace que una comunidad sea mejor. Sin embargo, no toma los derechos legates en serio. Rechaza to que otras conceptions del derecho aceptan: que las personas pueden tener derechos le-gales bien definidos sabre lo que de otra forma seria el mejor futuro propiamente dicho. Segtin el pragmatismo, lo que denominamos derechos legales no son mas que los sirvientes del mejor futuro: son instru mentos que construimos para ese proposito y no poseen fuerza o fundamentos independientes.

Sin embargo, es posible pasar por alto este punto importante sobre el pragmatismo, y deberiamos tener cuidado de no caer en la trampa. Aquellos abogados que consideran que deberiamos adoptar una actitud pragmatica con respectea los derechos legales declaran a veces que la comunidad ha decidido que asi sea, al menos en forma tacita. De hecho, la comunidad ha decidido delegar a los jueces el poder de decidir los juicios en la forma que consideren que sirve mejor a los intereses de toda la comunidad e inventan teorias de derechos legates del tipo Como *si,* incluyendo teorias de legislation y precedente, con ese proposito en mente. Este es un atrevido intento de unir el pragmatismo con el convencionalismo. Consideran el pragmatismo come el contenido de una vasta y exagerada convencion de que los jueces deberian decidir sus cases de manera pragmatic& Dado que el convencionalismo no es una concepcion del derecho mas poderosa que el pragmatismo, es dificil que este casamiento mejore la situation Para este ultimo. Pero de cualquier forma, esa union es simulada.

No es verdad que los norteamericanos o los ingleses, por ejemplo, han acordado en forma tacita delegar el poder legislative a los jueces de esta mane**ra.** El Pragmatic° podria decir: los jueces toman sus decisiones sobre una base pragmatics todo el tiempo y la gente no se rebels ni pide una impugnacion. Ella !la Par sentado dos cosas. La primera, supone que el pragmatismo proporciona

c.3roas prominente de la practica judicial (la actitud que adoptan los jueces con reS a J**os** de come los jueces deberian en realidad decidir sus casos. L. i!'-.1-19 **Jos** estatutos y los precedentes en to casos dificiles) salvo *en* Ia rara Y h**emos** visto que no proporciona explication alguna acerca de Ia caracteristi-

que el objetivo de esta practica sea engaflar al public° *3,* clue por lo

juzgar si un ciudadano ha violado las leyes establecidas por procedimientos po-liticos; (4) si lo aceptamos coma una virtud, queremos que las cones e institu-clones similares utilicen procedimientos de evidencia, descubrimiento y revi-sion que prometan el nivel adecuado de exactitud y traten a las personas acusa das de violacion como se debe tratar a las personas en dicha posicion.

Estas rapidas distinciones son el prolog° para un punto crucial. (5) La poli-tica ordinaria agrega a estos ideales familiares uno que no posee un lugar preci-s° en una teoria axiomatica utopica. A veces, esto se describe con una frase bas-tante comOn: que los casos parecidos deben tratarse en forma parecida. Requie-re que el gobierno tenga una sola voz, sue actlie en base a principios y de una forma coherente con todos sus ciudadanos, que extienda a cada uno de ellos las normas sustantivas de justicia o equidad que utiliza con algunos. Si el gobierno se basa en principios de una democracia rnayoritaria para justificar sus decisto-nes sobre quien puede votar, debe respetar los mismos principios al designar los distt-itos de votacion. (6) Si apela al principio de que las personas tienen de. recho a una compensaciOn par parte de aquellas que las lastiman por descuido, coma su razon de por que los fabricantes son responsables por realizar automct viles defectuosos, debe darle todo el elect° a dicho principio al decidir si los contadores tambien son responsables por sus errores. (7) Si el gobierno decla-ra que se necesita un veredicto unanime para una condena criminal porque cuando a una persona se la co ndena injustamente por un crimen sufre un deo moral especial. debe tomar en cuenta ese clan° moral tan particular al conside-rar, por ejemplo, la admisibilidad de las confesiones bajo distintas circunstars cias. (8)

Este requerimiento particular de la moralidad politica no esta bien deso:ito en la frase capciosa de que debemos tratar casos parecidos en forma parecida, (9) Yo le doy un titulo mas grande: es la virtud de la integridad politica. Elegl ese nombre para demostrar su relacion con la idea paralela moralidad Per° nal. Queremos que nuestros vecinos se comporten, en su trato diario con now' tros, en la forma que consideramos correcta. Sin embargo, sabemos que la

derecho como integridad y lo recomendare en los siguientes capitulos. Sin embargo, a muchos lectores les molestara un aspecto de la integridad politica, que ya podriamos it discutiendo. La integridad politica supone una personificackin particularmente profunda de la comunidad o Estado. Supone que la comunidad en su totalidad se vera comprometida con los principios de equidad, justicia o debido proceso en una forma anal°. ga a la que ciertas personas pueden comprometerse con convicciones, ideales o proyectos y esto, a muchos les parecera una mala metafisica.

En la conversation ordinaria personificamos grupos. Hablamos con tono indiferente de los intereses u objetivos de Ia clase trabajadora, por ejemplo. ro estas expresiones no suelen ser otra cosa que convenientes formas de expreskin, formas taquigrafiadas de hablar sobre los miembros representativos de una comunidad. Mi descripciOn de la integridad politica toms mucho mas en serio la personification, como si una comunidad politica fuese un tipo especial de entidad diferente de las personas verdaderas que son sus ciudadanos. 0 peor aun, atribuye action moral y responsabilidad a esta entidad bien definida. Porque cuando digo que una comunidad es fiel a sus propios principios no me refiero a su moralidad popular o conventional, las creencias y convicciones de la mayoria de sus ciudadanos. Me refiero a que la comunidad posee sus propios principios que puede honrar o deshonrar, que puede actuar de buena o mala fe, con integridad o hipocresia, tal como pueden hacerlo las personas. 4Me refiero en realidad a que puedo personificar a la comunidad de esta manera tan vivida? eMe refiero a que puedo atribuir al Estado o comunidad principios que no son simplemente aquellos de la mayoria de sus miembros?

Dos argumentos sabre responsabilidad grupal

Si. Sin embargo, debo ser mas claro en cuanto a que tipo de personification se trata. No pretendo resucitar ahora Ia teoria metalisica que en el Capitulo 2 dije que no necesitabamos. No supongo que el principio componente mental del universo es un tipo de mente inquieta, que todo lo abarca, que es mas real que las personas de carne y hueso, ni que deberiamos tratar al Estado o comunidad como una persona real con un interes, punto de vista o incluso un bienestar propio, y tampoco que podemos hacer las mismas preguntas acerca de los prin. cipios del Estado (par ejemplo, si los acepto libremente o fue engafiado o no los comprende bien) que las que podemos hacer sobre los aspectos de la vida moral de una persona de verdad. Solo quiero sancionar una forma de razonamiento compleja, que comprende dos etapas, sobre las responsabilidades de funcionarios y ciudadanos que encuentra una expresiOn natural en la personification de la comunidad y no puede ser reproducida par una traduccion reductora a reclamos sobre funcionarios y ciudadanos.

Supongan que un fabricante de auto mOviles produce autos defectuosos que causan accidentes terribles donde mueren cientos de personas. Dejen de lado is cuestion de derecho, es decir, si la corporation es culpable de un crimen o le-

galmente responsable y debe compensar a las victimas o a sus familias Y la cuestion de eficiencia, si el hecho de imponer esa responsabilidad reduciria los accidentes s. Ahora nose resa la cuestiOn de is responsabilidad moral. *eQue* sentido tiene decir que la corporacion es moralmente responsable y debe compensar a las victimas con el *te*soro de la corporation, con la consecuencia de que sus accionistas soporten la perdida? Deberiamos proseguir de la siguiente forma. Aplicamos a los distintos funcionarios, empleados, accionistas y otros asociados con la corporaciOn, nuestras normas corrientes de responsabilidad personal. Preguntamos a cada persona si hizo algo que no tendria que haber hecho *de* forma tal que podria ser culpable de las muertes que siguieron o si contribuyd a los accidentes de manera que, culpable o no, tendria que ser responsable de una parte del daft° o perdida

Podriamos hallar a alguien a quien culpar. Tal vez, algtin empleado olvido una inspecciOn, tal vez un funcionario aprob6 un proyecto que tendria que haber sabido que era erroneo. Quizas el director ejecutivo o algtin miembro de la junta de directores tenia razones para dudar de los procedimientos vigentes para revisar los disenos y no logro mejorarlos. Pero tambien podria suceder que no hallaramos a ningtin culpable. Quiza ninguna persona actuo de un modo que podriamos juzgar incorrecto segtin nuestras normas personales de conducta. Entonces, seria poco probable que hallaramos un argumento moral de no-pregunta-ruego de por que un accionista pequefio debe pagar parte de Ia perdida. Un accionista no forma parte de la cadena accidental que conduce at accidente; no agrego ningtin capital a los recursos de la corporation al comprar sus aciones en la bolsa. Alguien podria decir: es un principio de moralidad personal que si alguien comparte las ganancias de la action de otra persona debe tambien compartir la responsabilidad por los errores que esa otra persona cometa. Sin embargo, esta sugerencia da por sentado lo que queda por probar, porque aun no tenemos razdn alguna para suponer que se ha cometido un error. Es decir, nuestro problema no es de responsabilidad indirecta, de hallar una razon de por que un accionista debe compartir la responsabilidad directa de otra persona o grupo; se trata mas bien de que no podemos hallar a nadie mas que tenga esa responsabilidad directa y cuya responsabilidad deberia compartir. (10)

Sin embargo, podriamos haber utilizado un metodo diferente de *argumen*to. En ese metodo diferente, planteamos nuestra pregunta en primera instancia como una pregunta sobre la responsabilidad de la corporation. Suponemos que se debe tratar a la corporation como un agente moral y luego debemos proceder a aplicar facsimiles de nuestros principios sabre la falta individual y la resPonsabilidad con respecto a la misma Podriamos sostener que cualquiera que haya tenido un control absoluto sobre la fabricacion de un producto defectuoso tiene la responsabilidad de recompensar a aquellos que han sido heridos por el mismo. Ningtin empleado individual o accionista ha ostentado dicho control, aunque la

corporation si. Luego preguntamos, coma pregunta subsidiaria, de **que** manera los distintos miembros y agentes de la corporation deberian corn Partir tambien esa falta a responsabilidad. Pero enfocamos esa pregunta inde- Pendiente utilizando un conjunto de principios diferentes, entre los cuales podriamos hallar el principio recien mencionado, de que cualquier miembro de la corPoraciOn que tiene derecho a compartir sus ganancias debe tambien corn-

comunidad adopta o traiciona un principio, y esto (ormara parte de la construe-

cion de nuestra concepcion del derecho charesta oportunidad para senalar la forma en que la personification profunda figura en formas de pensamiento comunes que son bastante independientes del derecho. Consideren el fenOmeno de la responsabilidad electoral comunal. En el punto culminante del escandalo *Watergate* aparecieron calcomanias que de-clan: No me culpen a mi; yo vote contra Nixon' y la diferencia es importante. La gente pedia la exoneration de un error cometido por un grupo al cual pertenecia nation), no en forma individual e inocente sino como miembros de una comunidad diferente y mas inmediata que habia actuado correctamente, un Estado que no habia votado por un presidente deshonesto.

Existen ejemplos mas importantes de responsabilidad grupal. Los alemanes que en la epoca en que los nazis gobernaban su pats atin no habian nacido, sienten vergtienza y un sentido de obligaciOn hacia los judios; los norteamericanos blancos que nada heredaron de los que poseian esclavos sienten una responsabilidad indeterminada con los negros que jamas llevaron cadenas. A algunos de nosotros nos sorprende este fenomeno porque parece incompatible con otra idea que apreciamos, y es que las personas no deben ser acusadas por actos sobre los que no tuvieron ningtin control, ni consideradas responsables por ganancias injustas cuando ellas mismas no han ganado nada. Es asi como los filosofos han tenido que luchar para reconciliar estas ideas conflictivas, por ejemplo, hallando formas en las cuales todos los norteamericanos blancos han sacado provecho de la anterior discrimination contra los negros. Suponen que solo puede asignarse la responsabilidad colectiva a traves de algo parecido at primer metodo que senalamos en el ejemplo del accidente. De hecho, las convictions que estos argumentos tratan de explicar son product° del segundo enfoque, de una profunda personificaciOn de una comunidad politica y social, y esa es la raDin por la cual no desafian la tesis kantiana de que nadie es culpable de algo que no ha hecho. Por supuesto que seria absurdo culpar a los alemanes contemporineos por to que hicieron los nazis; pero como este argumento se encuentra al final de una forma diferente e independiente de argumento, no es absurdo suponer que los alemanes contemporaneos tienen una responsabilidad especial porque los nazis tambien eran alemanes.

Estos son ejemplos de responsabilidad colectiva por errores del pasado. Encontramos otros tipos de ejemplos mas importantes de personification practicable en la logica de los derechos politicos individuales contra el Estado. Discutimos acerca de si todos tienen derecho a que el Estado los proteja de los ataques de otros ciudadanos, que les proporcione un nivel decente de cobertura medica o que les garantice su seguridad contra el ataque de potencias extranjeras. Estamos o no de acuerdo antes de que nos formemos una opinion concreta sabre cuales son las instituciones y los funcionarios que deben actuary que deben hater como consecuencia de cualquier derecho que declaremos que posee el pueblo. Cuando afirmamos que los individuos tienen derecho a ser protegidos contra el asalto, no nos referimos a que esta protecciOn se debe adquirir por media de un esquema en particular que ya tenemos en mente. Podemos debatir el alcance del deber de la comunidad y dejar para consideration aparte la cuestion de que tipo de deberes oficiales exoneraria mejor la responsabilidad comunal. (11)

podemos **encontrar: que la comunidad en su conjunto tiene obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y que los funcionarios actuan coma agentes para la comunidad al absolver dicha responsabilidad. Aqui, al igual que en el caso de la** corporation, es necesario tratar Ia responsabilidad grupal come mas importante, desde el punto de vista !Ogle°, que las responsabilidades **de cada uno de los funcionarios.**

Este, **distintos etemplos** de **personification practicable de una comunidad encajan como compaiteros en un sistema general de pensamiento. Una vez que aceptamos que nuestros funcionarios acttian en el nombre de una comunidad de la cual son miembros, con una responsabilidad que per to tame comparti mos, esto refuerza y sostiene el caracter de culpa colectiva, nuestro sentido de que debemos sentir vergiienza y afrenta cuando acttian con injusticia. Los principios practicos de integridad que cite (integridad en la legislaciOn y en la adjudicacion) ocupan su lugar en este sistema de ideas. El principio adjudicativo es de nuestro especial interes porque proporciona una conception del derecho antagonista del pragmatismo. Si puede sostenerse ese principio, se debe rechazar el pragmatismo.**

adccuada?

Integridad y compromiso

En un Estado utopico, no se necesitaria la integridad como una virtud politica concreta. La coherencia estaria garantizada porque los funcionarios harian siempre lo que fuera justo. Sin embargo, en la politica comtin, debemos tratar la integridad como un ideal independiente si es que la aceptamos, porque puede entrar en conflicto con estos otros ideales. Puede requerir que apoyemos una legislation que consideramos seria inapropiada en una sociedad justa y que reconozcamos derechos que no creemos que la gente tendria en elk. Vimos un ejemplo de este conflicto en el ultimo capitulo. Un juez que decida el caso McLoughlin puede creer injusto que se requiera una compensation por un dafio emocional. Pero si acepta la integridad y sabe que a algunas victimas que sufren claims morales se les ha otorgado el derecho de compensation, tendra una razon para fallar a favor de la senora McLoughlin a pesar de todo.

Los conflictos entre ideales son comunes en la politica. Aun si rechazamos la integridad y basamos nuestra actividad politica solo en la equidad, la justicia y el debido proceso, encontraremos que las dos primeras virtudes tiran a veces rip direcciones opuestas. Algunos filOsolos niegan la posibilidad de un conflicto fundamental entre equidad y justicia porque creep que urrate estus-virtaties de. riva de la otra. Algunos sostienen que la justicia no tiene otro significado aparte de la equidad, que en la politica, al igual que en la ruleta, suceda lo que suceda a craves de procedimientos legitimos, es justo. Ese es el extremo de la idea denominada justicia como equidad. (1) Otros afirman que la Unica prueba de equidad en la politica es la prueba de resultado, es decir, que ningtin procedimiento es justo a menos que produzca decisiones politicas que cumplan con una prueba independiente de justicia. Este es el extremo opuesto, de equidad como justicia.(2) La mayoria de los filosofos politicos (y creo que la mayoria de las personas) piensa que la equidad y la justicia son en cierto grado independientes una de otra, de modo que a veces las instituciones imparciales producen reglas injustas e instituciones no-imparciales, decisiones justas.

Si esto es asi, entonces a veces, en la politica corriente, debemos elegir entre las dos virtudes para decidir que programas politicos apoyar. Podriamos pensar que el gobierno por mayoria es la decision mas justa en politica, Pero sabemos que a veces la mayoria tomara decisiones injustas acerca de los derechos de los individuos. (3) *2Debemos* alterar el gobierno por mayoria otorgartdole una fuerza especial a un grupo economic° mas ally de lo que justificarian sus ntimeros, porque tememos que el gobierno por mayoria le asigne menos de lo que le corresponde? (4) iDebemos aceptar restricciones constitucionales sobre el poder democratic° para impedir que la mayoria limite la libertad de expresion u otras libertades importantes? (5) Estas difficiles preguntas surgen porque la equidad y la justicia estan a veces en conflicto. Si creemos que la integridad es un tercer ideal independiente, por lo menos cuando la gente no esta de acuerdo sobre los primeros dos, podemos pensar que a veces es necesario sacrificar La equidad o la justicia por la integridad.

Corn prom *isos* in *fernos*

Tratare de demostrar que nuestras practicas politicas aceptan la integridad como una Clara virtud, y comenzare por algo que creo los sorprendera. He aqui las suposiciones sobre las que me baso. Todos creemos en Ia equidad politica:

que el esquema el-ganador-lleva-todo que prefiere nuestro instinto, que le niega a muchos poder influir sobre una cuestion que consideran en extremo importante.

Podemos defender estos instintos sobre una base de justicia? La justicia es una cuestion de resultados: una decision politica causa una injusticia, por eque tativos que sean los procedimientos que la produjeron, cuando niega on recur-so, la libertad u oportunidad que las mejores teorias de justicia otorgan a la gente. 2Podemos oponernos a Ia estrategia diversificada sobre la base de que produciria mas instancias de injusticia que las que impediria? Debemos ser cuidadosos en no confundir aqui dos cuestiones. For supuesto que cualquier soluchin de este tipo para una cuestion importante producira mas instancias de injusticia que una de las alternalivas y menus que la utra. t.a comunidad puede es-tar de acuerdo sobre esa propuesta inientras que no lo esta acerca de que alter

nativa seria mas o menos justa. Una persona que cree que el aborto es asesinato pensara que la ley de abortos diversificada produce mas injualiciaa (;)"" awaprohibicion directa, y menos que un permiso director una persona que cree quc las mujeres tienen derecho al aborto invierte estos juicios. De modo que ambas tienen una razon de justicia para preferir otro tipo de solucidn que no sea la diversificada. Nuestra pregunta es si tenernos una razoi de justicia colectiva para disentir, anficipadamente a estos desacuerdos en particular, sobre is estrategia diversificada para resolverlos. Tenemos una razor] de equidad, tal como acabamos de senalar, para esa estrategia diversificada, y si no tenemos una razon de justicia en su contra, nuestra actual practica necesita una justification que aun no hemos asegurado.

Buscamos una razon de justicia que todos compartamos para rechazar Ia estrategia diversificada anticipadamente, aun si en ocasiones prefirieramos una soluciOn diversificada a la que sera impuesta si se rechaza la estrategia. 6Diremos solo que la solucian diversificada es injusta por definiciOn porque trata a personas diferentes en forma diferente sin ninguna razon, y la justicia exige que todos los casos sean tratados por igual? Esta sugerencia parece estar en lo cierto porque si las soluciones diversilicadas tienen un defecto, este debe estar en su caracteristica distintiva, y es que tratan a las personas en forma diferente cuando ningtin principio puede justificar la distinciOn. Pero no podemos explicar por que esto es siernpre objetable. rnientras permanezcamos en el piano de justicia tal como lo he definido. En Ia politica corriente, la estrategia diversificada impedira instancias de injusticia que de otra forma ocurririan, y no podemos decir que la justicia exige que no se elimine cualquier injusticia a menos que las eliminemos todas.

Supongan que podemos rescatar

cualquiera de las otras soluciones alternativas en lugar del compromiso diversificado. Aun si creyera que la responsabilidad forzosa en caso de accidentes fuera errOnea en principio, preferiria que tanto los fabricantes de lavadoras como los de automoviles se ri-gieran por esa norma a que selo uno de ellos lo hiciera. No situaria **la soluciOn diversificada entre las otras dos sino en un tercer lugar, mas abajo que las** dos anteriores, al igual que lo haria muchagente. En algunos **casos. podria explicar-se este instinto** como un reflejo de la ineficiencia de una solucien diversificada en particular. Pero muchas de las que podemos imaginar, como la solucion pa-ra el abort°, no son ineficientes y en todo case, nuestro instinto nos sugiere que estos compromises son erroneos y no solo impracticos.

No todos condenarian cada una de las soluciones **diversificadas. Por ejem-plo,** las personas que creen que el aborto es siempre un crimen, pueden pensar que el estatuto del aborto diversificado es mejor que una ley totalmente permi-siva. Creen que unos pocos crimenes es algo mejor que muchos, sin importar lo incoherente que sea el compromise que produce una menor cantidad. Si sittian la solucion diversificada en tiltimo lugar en otras circunstancias, per ejemplo el caso de la responsabilidad forzosa para los fabricantes, creen sin embargo que el compromise interno es erroneo, aunque por razones que sucumben cuando la cuestion sustantiva es muy grave. De modo que comparten el instinto que debo explicar. Este instinto puede estar presente en otras condiciones. Su-pongan que piensan que el aborto es un crimen y que el hecho de que el emba-raze sea el resultado de una violacian no hace diferencia alguna. eNo creen que un estatuto que prohibe el aborto salvo en el caso de violacien es mucho mejor que un estatuto que prohibe el aborto except° para las mujeres que **nacen denr tro de una decada en especial en cada** siglo (por lo menos, si no tuvieran **ningo-na razon para pensar** que cualquiera de los dos permitira mas **abortos)? Al** pri-mer° de estos estatutos lo ven come una solucion que da efecto a dos principios

de justicia reconocibles, ordenados de una manera especial. a pesar de que re-

azan 2 11,1 deestosixi '6'.

ra; para algunas personas, solo afirma un principio que le niega a otras. De mo-do **que, para muchos de nosotros, en algunos casos en particular, nuestras pre-ferencias plantean el mismo enigma que nuestro rechazo mas comprensivo de la solucton diversificada como una estrategia general para resolver diferencias sobre principios. No podemos explicar nuestra hostilidad con respect° al com-promiso intern° apelando** a principles de equidad o de justicia, tal como hemos definido esas virtudes.

Los astronomos postularon a Neptune antes de descubrirlo. Sabian que tinicamente otro planeta, cuya orbita se hallara fuera *de* las ya reconocidas, po-dia ex-plicar el comportamiento de los planetas mas cercanos. Nuestro instinto acerca del compromise interno sugiere otro ideal politico, junto a la justicia y la equidad. La integridad es nuestro Neptuno. La explicacion mas natural de per que nos oponemos a los estatutos diversificados apela a dicho ideal: sostene-mos que un Estado que adopta estos compromisos internos actiia sin princi-pios, a pesar de que ningun funcionario que haya votado a favor o que haga cumplir el compromise haya hecho algo que, al juzgar sus acciones individuales segtin las normas corrientes de moralidad personal, no deberia haber hecho. El Estado carece de integridad porque debe sancionar principios que justifiquen parte de lo que ha hecho, que debe rechazar para justificar el resto. F,sa explica-cion distingue la integridad de la perversa coherencia de alguien que se niega a rescatar a algunos prisioneros porque no puede salvarlos a todos. Si hubiese sal-vado a algunos, elegidos al azar, no habria violado ningtin principle que necesi-te para justificar otros actos. Sin embargo, un Estado acuia de esa manera cuan-do a.cepta una salomonica solucion diversificada; es una incoherencia de princi-ple entre los actos del Estado personificado que la integridad condena.

La integridad y la Constitution

Los estatutos diversificados son las violaciones mas dramaticas del ideal de integridad, y no son desconocidos en nuestra historia politica. La Constitucion de los Estados Unidos contenia en su nacimiento ejemplos particularmente re-pugnantes: el problema de la esclavitud se vio comprometido al contar con tres quintos de los esclavos del Estado al determinar la representacion estatal en el Congreso y al prohibir al Congreso que limite el poder original del Estado para importar esclavos, pero solo antes de 1808. (9) La integridad es burlada no solo en compromisos especificos de ese tipo sine cada vez que una comunidad aprueba y hace cumplir distintas leyes cada una de las cuales es coherente en si misma, pero que no pueden ser defendidas en conjunto come la expresion de una serie coherente de diferentes principles de justicia, de equidad o de debido proceso. Sabemos que nuestra propia estructura legal viola constantemente la Irl.tegridad de esta forma menos dramatica. No podemos colocar todas las dispo-siciones estatutarias y de derecho consuetudinario que nuestros jueces hacen cumplir bajo un esquema coherente de principle. (Discuto algunas consecuen-etas de este hecho en el Capitulo 11.) Pero sin embargo aceptamos la integridad como un ideal politico. Parte de nuestra moralidad politica colectiva es que di-chos compromises son equivocos y que la comunidad en su totalidad, y no fun-

nes de alto orden, tomadas a nivel constitucional, sobre la division de poder entre el nivel nacional y los niveles locales. Algunos eruditos y politicos que se opusieron a la decision sobre el aborto que tome la Corte Suprema en 1973 sostienen ahora que deberia entenderse que la Constitution deja las decisions sobre el aborto a distintos Estados, de modo que algunos podrian permitir el aborto a solicitud, otros prohibirlo en toda circunstancia y otros adoptar regimens intermedios. (12) Esta sugerencia no es una solucion diversificada: cada Estado retendria el deber co nsi it urional de que su propia ley sobre el aborto fuera co- herente en principio y la sugerencia reconoce soberanos independientes en lugar de hablar en renresentsria„ detodos,- Sin embargo, ¯tinedurr tra¯t¯Te7sToride¯¯ integridad: si dejar la cuestion del aborto a los Estados individuales para que decidan en forma diferente si lo desean es coherente en principio con el resto del esquema constitucional norteamericano, lo que hace que otros derechos importantes sean nacionales en alcance y ejecucion.

integrida d es atractiva ?

No ofrecere ningfin argument° mas en favor de mi afirmacion de que nuestra vida politica reconoce la integridad como una virtud politica. El caso tiene ahora la fuerza suficiente coma para que el interes pase a la otra dimension de la interpretation. iHacemos bien en interpretar nuestra politica *de* esa forma? iNuestra cultura politica resulta mas atractiva si acepta esa virtud? En el Capitulo 5 describi un obvio desafio a la integridad. Un pragmatic°, ansioso de rechazar Ia integridad atacaria la profunda personificaciOn que utilizamos para definir el ideal. Afirmamos que el Estado se equivoca al aceptar un compromiso inter-no porque "eso" compromete luego "sus" principios. El pragmatic° insistira en que el Estado no es una entidad que pueda tener principios que comprometer. Ni el Estado ni su gobierno es una persona; son grupos de personas y si ninguna de estas personas separadas ha actuado de manera inconsistente con sus propios principios, ecue sentido tiene decir que el Estado que representan lo ha hecho?

El pragmatic° que hace este tipo de argument° trata de construir una responsabilidad politica a partir de principios ordinarios, no-politicos, de moralidad. Procede al modo de nuestro primer argumento, en el Capitulo 5, sobre la responsabilidad de los accionistas por automoviles defectuosos,

aplicando principios corrientes sobre la responsabilidad de una persona por los darios cau sados a otra. Pregunta *que* podria hacer cada legislador, en la position que ocupe, Para reducir el total de incidentes de injusticia y falta de equidad segtin su pro-Pia opinion sobre aquello que la justicia y la equidad requieren. Si seguimos al Pragmatic° en este argument° (si comenzamos con Ia responsabilidad individual de los funcionarios) Ilegaremos a su conclusion porque nos faltara una explication adecuada de por *que* un voto a favor de la solucion diversificada es equivoco y una explicaciOn de por que un funcionario en particular debe considerar el compromiso como un resultado peor del que considera mas uniformemente injusto. Si, por otra parte, insistimos en considerar los estatutos comprometidos internamente como actos de un agente moral bien delinido, podremos entonces condenarlos como carentes de principios, y tend remos una razors para argumentar que ningfin funcionario deberia contribuir a actos carentes *de* principios de su Estado. For lo tanto, para defender el principio legislativo de integridad debemos defender el estilo general de argumentos que la comunidad to-ma Como un agente moral.

Debemos extraer nuestro argument₀ de la virtud politica y no, rnientras sea considerado diferente, de la metafisica. No debemos decir Rte la integridad es

bien definida, sino am la comunidad debe verse como un agente moral

considerarse el autor de un conjunto de leyes que son incoherentes en principio, y tampoco puede cons"- derar dicho conjunto como avalado por cualquier voluntad al estilo Rousseau. El ideal de au tonornia posee un aspecto especial que la integridad promueve en

forma directa y el hecho de sefialarlo nos Ilevara a nuestro debate mas import a n t e s o b r e l e g i t i m i d a d y o b l d e x a g n d e - y - p r o f u n d i za eI roUque pueden desempenar ciudadanos individuates en el desarrollo de las normas ptiblicas de su comunidad porque exige que traten las relaciones entre ellos como gobernadas, de manera caracteristica y no espasmodica, por estas normas. Si el public° entendiera la legislation formal como solo una cuestion de solutions negociadas a problemas discretos, sin ninglin compromiso subyacente con cualquier otra conception ptiblica mas fundamental, haria una distinciOn bien marcada entre dos tipos de encuentro entre conciudadanos: los que caen dentro y los que caen fuera de la esfera de una decision politica del pasado. La integridad, par el contrario, insiste en que cada ciudadano debe aceptar exigencias y puede tener exigencias con otros, compartiendo y extendiendo asi la dimension moral de cualquier decision politica explicita. La integridad fusiona, por lo tanto, la vida politica y moral de los ciudadanos: le pide al buen ciudadano, al decidir como debe tratar a su vecino cuando sus intereses entran en conflicto, que interprete el esquema comtin de justicia con el cual ambos estan comprometidos en virtud de su ciudadania. (15)

La integridad infunde en las ocasiones politicas y privadas el espiritu de la otra para beneficio de ambas. Esta continuidad posee un valor tanto practico como expresivo porque facilita el estilo organic° de cambio que mencione hace un momenta como una ventaja practica. Pero su valor expresivo no se agota, tal como podria hacerlo su valor practico, cuando los ciudadanos disienten sobre cual es el esquema de justicia que de hecho esta plantado en las decisiones politicas explicitas de la

comunidad. El valor expresivo queda confirmado cuando la gente intenta de buena fe tratar al projimo de una manera apropiada por el hecho de ser miembros de una misma comunidad gobernada par la integridad politica y ver que el otro intenta hacer lo mismo, aun cuando disienten acerca de que requiere la integridad en circunstancias especiales. La obligation politica no es entonces cuesti6n de obedecer las decisiones politicas de la comunidad una por una, tal como los filosofos politicos suelen representarla. Se convierte en una idea mas protestante: fidelidad a un esquema de principio que cada ciudadano tiene la responsabilidad de identificar, finalmente por si mismo, como el esquema de su comunidad.

El enigma de la legitimidad

Ahora nos ocuparemos de Ia relation directa entre la integridad y la autori- dad moral del derecho y esto nos Ileva nuevamente al argumento principal del hbro. Dije que el concepto de derecho (el escenario donde el argumento entre concepciones es mas OW) relation el derecho con la justificacion de coercion oficial. Una conception de derecho debe explicar de que manera aquello que considera ser derecho proporciona una justification general para el ejercicio

poder coercitivo del Estado, una justification valida salvo en casos especiales algtin argumento rival sea particularmente poderoso. El *centro* organuador de cada conception es la explication que ofrece a esta fuerza justilica.

general para mantener la ley con manos de ace-ro si la ley no fuera, por lo general, una fuente de genuinas obligaciones.

Un Estado es legitimo si su estructura y prkticas constitucionales son tales que los ciudadanostienen la obligacion de obedecer las decisiones politicas que implican la imposiciOn de deberes sobre ellos. Un argument° de legifimidad lo necesita proporcionar razones para esa situacion general. No necesita demostrar que un gobierno, legitimo en ese sentido, tiene por lo tanto la autoridad moral de hacer to que desee a sus ciudadanos, o que eilos estan obligados a obe-decer cualquier decision que se tome. Demostrare que un Estado que acepta la integridad como ideal politico tiene un mejor caso de legitimidad que uno que no lo acepta. Si esto es asi, nos proporciona una fuerte razon del tipo que hemos estado buscando, una razor' de por que hariamos bien en considerar nuestras practicas politicas basadas en esa virtud. Proporciona, en particular, un fuerte argumento para una concepciOn del derecho que considera fundamental la inte-gndad, porque cualquier concepcion debe explicar par que la ley es la legiorna autondad para la coercion, Nuestros reclamos por la integridad estan ligados a nuestro principal proyecto que es el de encontrar una concepcion del dereclio que resulte atractiva.

Consentimiento tdcito

Los filOsofos tienen varios tipos de argumentos sobre la legitimidad de las democracias modernas. lino de ellos utiliza la idea de contrato social, pero no debemos confundirla con argu mentos que usan dicha idea para establecer el ca-racter o contenido de la justicia. John Pawls, por ejemplo, propone un contrato

social unaginario como un medio para selexionar la mejor concepcion de justi-
cia en el campo de una teoria litica utopica, Sostiene quel:Laitim_diLcign—pecia es e incerti um re coalquiera elegiria ciertos principios de **justicia que sean de su interes y afirma que estos son por lo tanto los principioscorrectos po-ra nosotros. (I6) Sea lo que fuere que pensamos de su sugerencia, no tiene rela-ciOn directa con nuestro actual problema de legitimidad en el campo de la poli-tica prdinaria, donde los principios de justicia de Rawls estan muy lejos del do-minio. Por supuesto que seria muy distinto si cada ciudadano estuviera de acuerdo con un pacto histOrico de aceptar y obedecer las decisiones politicas que se tomen. Entonces, el hecho del acuerdo historic° proporcionaria par lo menos un buen caso** *Prima facie* **para la coercion aun en la politica ordinaria. De modo que algunos filosofos politicos se sintieron tentados de decir que en reali-dad hemos aceptado un contrato social de ese tipo en forma tacita con el solo hecho de no emigrar cuando alcanzamos la edad de consent imiento. Pero nadie puede afirmar eso durante much° fiempo con una cora seria. El consentimiento no puede ser obligatorio para la genie, en el sentitio que exige este argument°, a menos que sea dado con mayor libertad y con una elecciOn alternativa mas ge-nuina que el solo hecho de negarse a construir una vida bajo ona bandera ex-tranjera. Y aun si el consentimiento fuese genuino, el argument° fracasaria co-mo argument° de iegitimidad porque una persona deja a un soberano sOlo para tener a otro y no tiene la posibilidad de no tener a ninguno.**

El deber de ser ju.sto

Rawls sostiene que la gente en la posiciOn original reconoceria como un **de-ber natural apoyar a las instituciones que curnplan con las pruebas de justicia absExacta y que extiendan este deber al apoyo de instituciones no tan justas, por lo menos cuando las decisiones tomadas por instituciones mayoritarias y justas presenten injusticias esporadicas. (I 7) Incluso aquellos que rechazan meto-do general de Rawls podrian aceptar el deber de apoyar instituciones justas o no tan justas. Sin embargo, dicho deber no provee una buena explicacion de legiti-midad, porque Inn une lo suficiente la obligacion politica a la comunidad en par-ticular a la cual pertenecen aquellas personas que tienen la obligaciore no de-muestra por que los ingleses tienen el deber especial de apoyar las instituciones de Inglaterra. Podemos formular un argument° practico y contingente sobre ese deber especial. Los ingleses tienen una mayor oportunidad de ayudar a las instituciones inglesas que las personas de otras naciones cuyas instituciones tambien son consideradas principalmente justas. Pero este argumento prktico no logra captar la intimidad del deber especial. No logra demostrar de que ma-pera la legitimidad fluye de la ciudadania y la define. Esta objecian se aleja de la**

que conceptualmente es universalista y apunta hacia la integridad, que Ya es mas **personal en sus diferentes exigencias sabre**

IRS distintas comunida-des, como el origen de la legitin-fidad.

Isego limpio

La defensa mas popular de la legiiimidad es el argument° del juego limpio: si una persona ha recibido beneficios bajo una organizaciOn politica esta-

dejar de mostrarla como totalmente injusta y por lo tanto, deberia ser abandonada. Alguien que llega a esa conclusion negara que la practica pueda imponer obligaciones genuinas. Pensara que las obligaciones que aparenta imponer quedan canceladas por los principios morales ade-cuados.

De modo que nuestra descripcion de la obligacion asociativa posee ahora una estructura bastante compleja. Combina cuestiones de practica social y cuestiones de interpretacion crítica de la siguiente forma. La cuestiOn de la obli-gacion comunal solo surge en grupos definidos por la practica como portadores de dichas obligaciones: las comunidades asociativas deben ser primer° meras comunidades. Pero no todo grupo establecido por la practica social es asociati-vo: una mera comunidad debe cum pl ir con las cuatro condiciones de una verda-dera comunidad antes de que las responsabilidades que declara se tornen ge-nuinas. En esta etapa se necesita una interpretaciOn, porque la cuestion de si la practica cumple con las condiciones de una comunidad genuina depende de co-nic) se comprenda dicha practica, y esa es una cuestion interpretativa. Dado que la interpretaciOn es en parte una cuestion de justicia, esta etapa puede demos-trar que las responsabilidades aparentemente injustas en realidad no son parte de la practica, porque las condenan otros principios necesarios para justificar otras responsabilidades que impone la practica. Pero no podemos basarnos en esto: la mejor interpretacion disponible puede demostrar que sus aspectos in-justos son compatibles con el resto de su estructura. Entonces, a pesar de que las obligaciones que impone son genuinas *prima facie,* surge la cuestion de si la injusticia es tan severa y profunda que estas cuestiones quedan canceladas. Esa es una posibilidad, y las practicas de unidad y discriminaciOn racial parecen ejemplos apropiados. Pero a veces, la injusticia no sera tan grande; entonces se plantean dilemas porque las obligaciones injustas que crea la practica no se bo-rran por completo.

Puedo ilustrar esta compleja estructura expandiendo un ejemplo ya utiliza-do. lUna hija tiene la obligacion de condescender con los deseos de su padre en culturas donde los padres tienen el poder de elegir los cOnyuges para sus hijas pero no para sus hijos? En primer lugar, debemos preguntar si se cumplen las cuatro condiciones que transforman la mera institucion de la familia, en la for-ma que esto ha tomado alli, en una verdadera comunidad, y que origina un con-junto de preguntas interpretativas donde figuraran nuestras convicciones *acer*-ca de la justicia. eLa cultura acepta realmente que las mujeres sean tan impor-tantes como los hombres? Xonsidera que ese poder parental especial sobre las hijas es en realidad en provecho de las hijas? De lo contrario, si el tratamiento

discriminatorio de las hijas se basa en una suposicion mas general de que son merros vallosas que los hombres, la asociacionmres-gertmrtry-de-elltmo-surge ninguna responsabilidad asociativa de ningnin caracter. Por otra parte, si la cul-tura acepta la igualdad de sexos, la discriminacion contra las hijas puede ser tan incoherente con respect° al resto de la institucion de familia que puede ser con-siderada un error dentro de ella y por lo tanto, no un verdadero requisito aun si se acepta la institucion. Entonces, el conflict° desaparece por dicha razon.

Pero supongan que la cultura acepta la igualdad de sexos, peso piensa de buena fe que un interes equitativo requiere una proteccion paternalista para las mujeres en todos los aspectos de la vida familiar, y que el control paternal con respecto al casamiento de las hijas es coherente con el resto de la institucion de familia. Si dicha institucion es por el contrario injusta (si fuerza a los miembros de la familia a cometer crimenes en provecho de la familia, por ejemplo), pensa-remos que no puede ser justificada de ninguna manera si recomienda su conti-nuidad. Nuestra actitud es totalmente esceptica y otra vez negamos cualquier responsabilidad asociativa genuina y asi, cualquier conflict°. Por otra parte, su-pongan que el paternalismo de la institucion es el tinico aspect° que estamos dispuestos a considerar injusto. Ahora, el conflict° es genuino. Las otras res-ponsabilidades de los miembros de la familia medran como responsabilidades verdaderas. Lo mismo sucede con la responsabilidad de una hija al ceder a la eleccien paterna para el casamiento, pero esto puede ser anulado por la atrac-cion hacia la libertad o cualquier otro fundamento de derechos. La diferencia es importante: una hija que se casa en contra de la voluntad de su padre, en esta version de la historia, tiene de *que* lamentarse. Le debe por lo menos una expli-cacion y tal vez una disculpa y de todas formas, debe luchar para seguir ocupari-4;lo su puesto como miembro de la comunidad que, por otra parte, tiene el deber

honrar.

Le he prestado tanta atenci6n a la estructura de la obligacion asociativa, y al caracter y ocasiones de su conflict° con otras responsabilidades y derechos, porque mi objetivo es demostrar como la obligacion politica puede ser conside-rada asociativa, y esto solo es posible si la estructura general de las obligaciones asociativas nos permite explicar las condiciones que sentimos deben cumplirse antes de que surja la obligacion politica, y las circunstancias que creemos de-ben anularla o mostrarla en conflict° con otros tipos de obligaciones. La dispu-ta que acabamos de concluir hace eco de nuestra primera discusion, en el Capi-tulo 3, sabre los tipos de conflict° que ciudadanos y jueces pueden llegar a des-cubrir entre la ley de su comunidad y la justicia mas abstracta. Alli ufilizamos ca-si la misma estructura y muchas de las mismas distinciones para desentratiar las cuestiones legales y morales que la ley plantea en puntos dificiles. Ese eco apoya nuestra actual hipotesis de que la obligacion politica (incluyendo la obli-gacion de obedecer la ley) es una forma de obligacion asociativa. Nuestro estu-dio de conflicto dentro de la obligacion asociativa es tambien importante al res-ponder a una objecion a dicha hipotesis que senate brevemente unos momentos antes. La objecion reclama que el hecho de tratar la obligacion politica como asociativa apoya los aspectos mas negativos del nacionalismo, incluyendo su aprobaciOn de la guerra por un interes nacional. Ahora podemos responder que la mejor interpretacion de nuestras propias practicas politicas desaprueba ese aspect°, que de todos modos ni siquiera es aprobado par la mera practica. El sa-

quiere que la legislatura luche para proteger los derechos morales y politicos de todos, de modo que las normas ptiblicas expresen un esquema de justicia y equitatrutrerente7Pertili-slattira torna mucha-s¯dectsiones a favor de un en particular, no sobre la base de que la mejor conception de justicia declara que dicho grupo tiene derecho a ese beneficio, y no solo porque beneficiar a ese grupo beneficia el interes general. Si is legislatura proporciona subsidios para granjeros que cultivan trigo, por ejemplo, para asegurar una cosecha adecuada, o a los granjeros que cultivan maiz para que no planten porque hay demasiado maiz, reconoce ningtin derecho de los granjeros a estos pagos. Un tipo de coherencia exigiria que la legislatura ofreciera subsidios o pagos por no plantar a todos los granjeros, o al menos a aquellos para quienes su cosecha era esencial o que ahora producian cosechas de las que hay una provision excesiva. Pero podrian existir fuertes razones politicas, quiza muy diferentes, de por que Ia legislatura no deberia generalizar estas politicas de esa manera. No se viola Ia integridad por el mero hecho de aceptar estas razones y rechazar el hecho de generalizar la politica de subsidios.

En el Capitulo 8 estudiaremos un argumento que podria parecer amenazan- para esta distinciOn porque demuestra que la integridad posee fuerza aun en las decisiones politicas. Un gobierno que acepta lo que all denominare principio igualitario abstracto, de que debe tratar a sus ciudadanos como iguales, necesita conception de interes equitativo, y la integridad requiere que el gobierno establezca en una sola conception que no desconocera ninguna decision, incluyendo las de politica. Por ejemplo, muchos politicos piensan que tratar a personas como iguales significa contar el bienestar de cada uno en un calculo utilitarista total; una institution que utilizaba esa concepcicin de interes equitativo justificar que algunas leyes no podian usar una conception contradictoria (que el inheres equitativo exige, por ejemplo, una igualdad material entre los ciudadanos) para justificar otras leyes. Pero en la politica ordinaria, los legislad ores deben examinar mas de cerca estos requerimientos. Quedarian paralizados si quisieran asegurar que cada decision, una por una, dejo a cada ciudadano lo que calculo utilitario mas sensible le asignaria. Una teoria politica practicable debe ser flexible: solo requiere que el gobierno persiga estrategias generales que promuevan el bien general para que igualen lo que exige el interes equitativo segtin la concepciOn en juego. De modo que un gobierno comprometido con la concepciOn utilitarista apunta a estrategias que a la larga mejoraran el bienestar promedio alas que cualquier otra estrategia alternanva; un gobierno comprometido con la igualdad material adopta programas que hacen que secciones y clases sean mas equitativas en riqueza material como *gru*pos, y asi sucesivamente. Las decisiones en busqueda de estas estrategias. Juk gadas individualmente, son cuestiones de politica y no de principio; se las debe probar preguntando si adelantan el objetivo general y no si le da a cada ciudadano lo tiene derecho a tener coma individuo. Los subsidios a un grupo de granjeros pueden justificarse a traves de esta prueba, a pesar de que los subsidios a un grupo diferente, como parte de una estrategia general distinta, tambien mejorarian el bienestar general en el mismo grado.

Sin embargo, la mayoria de las teorias politicas practicables reconoce tam- derechos individuales como un triunfo sobre estas decisiones de politica, derechos que el gobierno esti obligado a respetar caso tras caso, decision tras

decision. Estos pueden ser grander derechos politicos. como eI derecho de da-ciudadan o a que su voto-cuente-igttal-Ettte-ekleetralqtrier-ntro ciu¯dadano, o grupo a

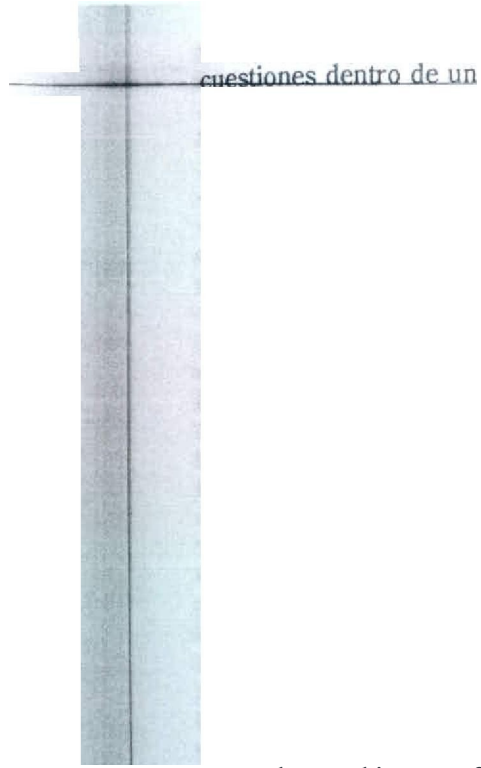
que no se le me' gue la hbertad de expresiOn o de conciencia, aun cuando la provienen en forma mas directa de la moralidad personal, como eI derecho a la compensaciOn por daFios causados por el descuido de otra persona. La integri- paga dad posa la mirada sobre estas cuestiones de principio: el gobierno debe tener no una sola voz sobre lo que son estos derechos y por lo tanto, no negarlos a ningu- ciega na persona en ningtin momento. El efecto de la integridad sobre cuestiones de politica es mas difuso. Tal como dije, requiere que el gobierno persiga una con- cepciOn coherente de lo que significa tratar a las personas como iguales, pero esto es principalmente una cuestion de estrategias generates y pruebas estadis- ticas. Por otra parte, no requiere una coherencia limitada dentro de las politicas: no exige que ciertos programas en particular traten a todos *de* la misma mane- ra. (31) Sin embargo, el interes de la integridad por los derechos y principios no descalifica a veces la incoherencia de un cierto tipo especial. Una legislatura te norteamericana no podria decidir que ningtin granjero catolico recibiera subsi- dios aun si, por increible que parezca, hubiera fuertes razones de politica para esta discrimination.

una La distincion entre politica y principio y la relaciOn directa entre integridad y principio son importantes tambien fuera de la legislation. Consideren la dis- crecion del fiscal y otras decisiones politicas en el proceso criminal. Se podria las pensar que la coherencia sostiene que si algunas personas que cometen un cri- men en particular han sido y seran castigadas, todas esas personas deberian para serlo, y que los castigos deberian ser uniformes, dado el mismo grado de culpa- bilidad. La integridad es mas discriminatoria. Si la razon de un fiscal para no en- juiciar a una persona se basa en politica (si, por ejemplo, el juicio fuera demasia- do costoso, o por alguna razon no contribuyera en forma efectiva a la disuasion) la integridad no ofrece ninguna razon de por que una persona no debe ser enjui- el ciada cuando estas razones de politica no existen o son cambiadas. Pero si las mas razones que sostiene en contra del enjuiciamiento en un caso son razones de principio (que por ejemplo la ley penal no dio el aviso en forma adecuada), Ia in- tegridad requiere entonces que estas razones sean respetadas para todos. Ob- namente, la integridad tambien condenaria las decisiones de cos fiscales que discriminan, aun por razones obvias de politica, sobre fundamentos que violen derechos de otro modo reconocidos, como si nuestros fiscales ahorraran gastos al procesar solo a los negros por un tipo de crimen prevaleciente en las comuni- dades negras. (32)

que

bien

4



cuestiones dentro de un

crucial ese hecho que debe acomodarse de la misma manera que tratamos a otros ev.entas_e_a_nuestra-pasade-palLeca.

El derecho como integridad entonces, comienza en el presente y continua el pasado solo en la forma que lo dicte su foco contemporaneo. Su objetivo no es recapturar, ni siquiera para la actual ley, los ideates o propositos practicos de los politicos que primero lo crearon. Su objetivo es mss Bien justificar lo que hideron (a veces incluyendo, tat como lo veremos, aquello que dijeron) en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual practica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable. El derecho como integridad deplora el mecanismo de la antigua opinion "la ley es la ley" y el cinismo del nuevo "realismo". Considera que ambas opciones se basan en la misma dicotomia falsa de hallar e inventar la ley. Cuando un juez declara que un principio en particular esta imbuido en la ley, no esta denunciando un reclamo ingenuo acerca de los motivos de los anteriores legisladores, un reclamo que un buen cinico puede rechazar con facilidad, sino una propuesta interpretative: que el principio se ajusta y justifica como una parte compleja de la practica legal, que proporciona un modo atractivo de ver, en la estructura de dicha practica, la coherencia de principo que exige la integridad. El optimismo del derecho es en esa forma conceptual; los reclamos del derecho son endemicamente constructivos, en virtud del tipo de reclamos que constituyen. Este optimism° puede estar mal colocado: la practica legal puede terminar cediendo a nada mss que una interpretation profundamente esceptica. Pero eso no es inevitable solo porque la historia *de* una comunidad sea de

grandes cambios y conflictos. Una interpretacion ima,ginativa puede ser construida sobre un terreno complicado desde el punto de vista moral e incluso arnbiguo.

La cadena del derecho

La *novela en cadena*

En el Capitulo 2 declare que Ia interpretation creativa adquiere su estructura formal de la idea de intention, no (al menos no necesariamente) porque apunte a descubrir los propositos de cualquier persona o grupo historic° en particular sino porque intenta imponer un proposito al texto, data o tradicion clue se este interpretando. Dada que toda interpretacion creativa comparte estacaracteristica y tiene por lo tanto un aspecto o componente normativo, podemos sacar provecho de la comparacien del derecho con otras farrnas u °camnes de interpretacion. Podemos comparar al juez que decide que es la ley en una cuestion no solo con los ciudadanos de cortesia que deciden que requiere la tradicion, sino con el critico literario que despedaza las distintas dimensions de valor en una obra o poema complejo.

Sin embargo, los jueces son autores al igual que los criticos. Un juez que decide el caso McLoughlin o Brown aumenta la tradicion que interpreta; los futuros jueces con frontan una nueva tradicion que incluye lo que este ha hecho. For supuesto que la critics literaria contribuye a las tradiciones del arte en las que trabajan los

tambien de danos econernicos. La interpretation 5) se adapta entonces al registro legal mucho mejor, aun si el ntimero de casos que abarca a los abogados es per alguna razon mayor des-de el punto de vista numeric°, a menos que el argumento vuelva a cambiar, como podria suceder, cuando el campo de estudio se extienda aun mas.

Ahora piensen en una posibilidad diferente: a pesar de que Ia responsabilidad ha sido limitada en muchos y variados casos a una cantidad menor de aguello que la interpretation 5) permitiria, las opiniones sabre este case no hicieron

mention alguna del principio de interpretation 6), que de hecho, nunca antes habia side reconocido en la reterickiudicial ()tidal_ .i.Eso demuestra-que-lo-in,te---- pretacion 5) se adapta mejor at registro legal, o que despues de todo, la interpretacion 6) es inelegible? Los jueces estan divididos sobre esta cuestion de adaptacion. Algunos no considerarian seriamente la interpretation 6) si una opinion judicial o declaration legislativa del pasado no hubiera mencionado su principio en forma explicita. Otros rechazan esta restriction y aceptan que la mejor interpretacion de algu nos tipos de cases puede yacer en un principio que nunca ha sido reconocido de manera explicita, pero que sin embargo ofrece una brillante description de las decisiones actuales, mostrandolas bajo una mejor perspectiva que antes. (10) Hercules se enfrentara a esta cuestion como una cuestion especial de moralidad politica. La historia politica de la comunidad es por tanto mejor si muestra a los jueces senalando a su ptiblico, a Imes de sus opiniones, el camino que futuros jueces seguiran guiados por la integridad, y si muestra a los jueces tomando decisiones que daran voz y elect° a las convicciones sobre moralidad difundidas en la comunidad. Mas aun, las opiniones judiciales formalmente anuncidas en los registros legales son en si actos de la comunidad personificada que, en especial si son recientes, deben considerarse dentro del campo de la integridad. (11) Estas son aigunas de las razones per las que prefiere una interpretation que no es demasiado nueva, ni tampoco esta demasiado divorciada de lo que dijeron e hicieron los jueces y otros funcionarios anteriores. Sin embargo, debe comparar estas razones con sus convicciones politicas mas sustantivas sobre el valor moral relative de las dos interpretations, y si cree que la interpretation 6) es superior desde dicha perspectiva, pensara que mejora el registro legal al elegirla, aun at costo de mas valores procesales. Adaptarse a lo que hicieron los jueces es mas importante que adaptarse a lo que dijeron.

Imaginen ahora un registro aun menos pautado. Hercules piensa que se ha puesto en vigor la responsabilidad ilimitada contra un numero de profesiones, pero no contra un ntimero casi igual de otras, que nimin principio puede explicar la distincion, que la retorica judicial esta tan dividida como las decisiones actuales y que esta division se extiende a otros tipos de acciones por danos economicos. Podria extender aun mas su campo de estudio y el cuadro podria cambiar si lo hace. Pero supongamos que esta satisfecho y que no to hare. Entonces decidira que la cuestien de concordancia o adaptaci6n ya no juega ningun papel util en sus deliberaciones, incluso en la segunda dimensi6n. Ahora debe enfatizar los aspectos sustantivos mas obvios de esa dimension: debe decidir que interpretacion muestra que el registro legal es mejor desde el punto de vista de la moralidad politica sustantiva. Compondra y comparara dos historias. La primera supone que la comunidad personificada ha adoptado y h*ace* cumplir el principle de previsibilidad como su prueba de responsabilidad moral por los danos causados por negligencia, que el objetivo de las distintas decisiones que ha tornado es dar efecto a dicho principio, a pesar de que a menudo ha alcanzado decisiones que la previsibilidad condenaria. La segunda supone, en cambio, que la comunidad ha adoptado y hace cumplir el principio de previsibilidad limitado Por algunos topes maximos en la responsabilidad, a pesar de que a menudo se ha apartado de dicho principio. zCual de las dos historias muestra a la comuni-

dan con casos de danos accidentales a la persona en forma mas general, y luego cuales concuerdan con danos a los intereses economicos y asi sucesivamente, entrando en cameos cada vez mas afejados del caso McLoughlin original. Este procedimiento otorga una especie de prioridad local a lo que pod riamos llamar "departamento" del derecho. Si Hercules Ilega a la conclusion de que los casos sobre dafios causados por accidentes en so jurisdicciOn no contradicen plenamente ninguno de los dos principios, amplia su esludio e incluye los casos contractuales para ver cual de estos principios, o ninguno, concuerda mejor con las decisiones de contratos. Pero, segtin Ia opinion de Hercules, si ono de los principios no concuerda en absoluto con Ia ley sabre accidentes, si cada decision en ese campo que podria haberla confirmado la contradice, esto juega en su contra como una interpretation elegible de ese cuerpo de ley, aun si concuerda con otros campos de la ley en forma extraordinaria. Sin embargo, no considerara que esta doctrina de prioridad local es absoluta; estara dispuesto a pasarla por alto en algunas ocasiones, tal como tendremos oportunidad de ver.

La divisiOn del derecho en departamentos separados es una caracteristica prominente de la practica legal. Las escuelas de derecho dividen sus cursos y las bibliotecas dividen tratados para distinguir los danos morales de los economicos o fisicos, los agravios intencionales de los no intencionales, los agravios de los crimenes, los contratos de otras panes del derecho consuetudinario, el derecho privado del derecho p6blico, y el derecho constitucional de otras partes del derecho priblico. Los argumentos legales y judiciales respetan estas divisiones tradicionales. Las opiniones judiciales suelen comenzar por asignar el caso a tratar a algim departamento del derecho, y los precedentes y estatutos considerados provienen por lo general en forma exclusiva de dicho departa-mento. A menudo la clasificacion inicial es a la vez polemica y crucial.

la division favorece tanto al convencionalismo como al pragmatismo, aunquepor razones diferentes. Los departamentos del derecho se basan *en* la tradicroft, lo que parece apoyar el convencionalismo, y proveen la estrategia que un pragmatic° puede manipular al decir sus nobles mentiras: puede explicar que su nueva doctrina no necesita ser coherente en principio con decisiones del pasado porque estas, bien entendidas, pertenecen a otro departamento. El derecho como integridad posee una actitud mas compleja hacia los departamentos del derecho. Su espiritu general los condena, porque el principio adjudicativo de la integridad requiere que los jueces hagan que la ley sea coherente, tanto como puedan, y esto podria lograrse mejor si ignoraran los limites academicos y reformaran algunos departamentos del derecho en forma radical para que sean coherentes en principio con otros. (14) Pero el derecho como integridad es interpret.ativo, y la division es una caracteristica de la practica legal que ninguna interpretation cornpetente puede ignorar.

Hercules responde a estos impulsos contrarios buscando una interpretation constructiva de la division. Trata de hallar una explicaciOn de la practica de dividir el derecho en departamentos que muestra dicha practica desde la mejor perspectiva. Los limites entre los departamentos suelen igualar la opinion popular; muchas personas creen que el dano intencional es mas censurable que el dano por negligencia, que el Estado necesita un tipo de justification muy diferente para poder declarar a alguien culpable de un crimen de la que necesita para pagar compensaci6n por el dano que esta persona ha causado, que las pro-

realizar esa estructura y expediente complejos lo mejor que pueden. Resulta titil

t i e sde-6-purto-tle-vistr arralitiar distingair diferentes dimensiurres u aspect: is de cualquier teoria de trabajo. Esto incluira convicciones acerca de la concordancia y la justification. Las convicciones sobre concordancia proporcionaran un requisito inicial que una interpretation de alguna parte del derecho debera cumplir para ser elegible. Cualquier teoria de trabajo posible invalidaria una terpretacion de nuestro propio derecho que negara la competencia legislativa. la supremacia absoluta o que sostuviera un principio general de derecho priva do que requiriese que los ricos compartan su riqueza con los pobres. Esa prueba inicial eliminara interpretaciones que algunos jueces preferirian, de modo que los hechos reales de la historia legal limitaran de esta manera el papel que puedan desempeliar las convicciones personales sobre justicia en las decisiones de cualquier juez. Distintos jueces estableceran esta prueba inicial en forma diferente. Pero cualquiera que acepte el derecho como integridad debe aceptar que la actual historia politica de su comunidad verificara a veces sus otras convicciones politicas en su juicio interpretativo general. Si no to hate, si su prueba inicial de concordancia deriva par completo o es ajustable a sus convicciones sobre justicia , de modo que la Ultima proporcione *de* manera automatica una interpretacian legible, no puede reclamar de buena fe estar interpretando su practica legal. Al igual que el novelista en cadena cuyos juicios sobre concordancia se ajustan automaticamente a sus opiniones literarias sustantivas, esta actuando de mala fe o se esta enganando.

Cuando la prueba inicial no discrimina entre dos o mas interpretaciones de algtin estatuto o linea de casos, surgiran casos dificiles para cualquier juez. Debera entonces decidir entre las interpretaciones elegibles at preguntarse que es lo que muestra Ia estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad politica. Sus propias convicciones morales y politicas estAn ahora comprometidas. Sin embargo, el juicio politico que debe pronunciar es en si complejo y a veces, pondra un depar: tamento de su moralidad politica en contra de otro: su decision no solo reflejara sus opiniones acerca de Ia justicia y la equidad sino tambien sus convicciones del mas alto orden sobre la manera en que deberian comprometerse los ideates cuando estos rivalizan. En esta etapa de interpretacion surgen tambien cuestiones sobre la concordancia, porque atm cuando una interpretation sobrevive al requisito de la prueba initial, cualquier desacierto de concordancia pesara en su contra, en las formas que hemos senalado, en el balance general de las virtudes politicas. Dist; ntos jueces disentiran sobre cada una de estas cuestiones *y* por to canto, adoptaran diferentes pantos de vista acerca de lo que realmente es el derecho de cada comunidad.

Cualquier juez desarrollara, en el curso de su entrenamiento y experiencia, una concepciOn del derecho bastante ind ivid u ali zad a sabre la cual se basara, tal vez en forma inconsciente, para tomar estas diferentes decisiones y formar sus juicios, y estos seran entonces para el una cuestiOn de sentimiento o instinto en lugar de una de analisis. A pesar de ello, nosotros como criticos podemos imponer una estructura a su teoria de trabajo al desmenuzar su metodo practico sobre concordancia (sobre Ia importancia relaliva de la coherencia con Ia retorica y la opinion popular del pasado, par ejemplo) y sus opiniones a conocimientos

politico lien definiclo. 2No seria mas apropiado decir que la integridad forma parte-cle_las_conclusiones de -Hercules haste el-p4nte-defiele-ha-Feehfraafle-teda------ interpretacion que no pase la prueba inicial de concordancia, pero que la integridad no participa en la selection entre aquellas que pasaron la prueba? *2No* deberiamos decir que su conception del derecho esta constituida en realidad por dos concepciones: el derecho coma integridad complementado, cuando la integridad se agota, par alguna version de la teoria de derecho natural? Esta no es una objecion muy importante; solo sugiere una manera distinta de dar parte de las conclusiones que ya no desafia. Sin embargo, la observaciOn que la impu Isa es demasiado cruda. Es un error pensar que la idea de integridad es irrelevante con respecto a la decision de Hercules una vez que esa decision ya no tra ta sabre sus convictions sobre concordancia, sino que gira sabre su sentido de equidad o tambien de justicia.

El espiritu de integridad, que situamos en la fraternidad, se veria ultrajado si Hercules tomara su decision de otra manera que no fuera eligiendo la interpretacian que considera mejor desde el punto de vista de la moralidad politica. Aceptamos la integridad coma un ideal politico porque queremos tratar a nuestra comunidad politica como una comunidad de principio, y los ciudadanos de una comunidad de principio no solo apuntan a principios simples, coma si la uniformidad fuese lo tinico que quisieran, sino a los mejores principios comunes que la politica pueda encontrar. La integridad es diferente de la justicia y la equidad, pero esta unida a ellas de esa manera: la integridad solo tiene sentido entre personas que quieren equidad y justicia. De modo que la election final de Hercules de la interpetacion que considera mas acertada (mas equitativa yjusta en la relaciOn correcta) proviene de su compromiso inicial con la integridad. Realiza esa elecciOn en el momento yen Ia forma que la integridad lo permite y requiere, y par to tanto es erroneo decir que ha abandonado el ideal justo en ese punto.

ro aun si esto no fuera asi, la actual objecion podria ser considerada una objecion al derecho como integridad, porque se aplicaria con toda su fuerza al pragmatismo o al convencionalismo, que se convierte en pragmatismo en cualquier caso lo suficientemente dificil como para Ilegar ante un tribunal de apelacion. iComo puede ser Inas equitativo para los jueces hacer cumplir sus propios puntos de vista ac,erca del mejor futuro, sin las restricciones de cualquier requi-sito de coherencia con el pasado, que los mas cotnplejos pero no menos cos juicios que requiere el derecho como integridad?

Aparece otro critico menor, su objeciOn es diferente. Sostiene: "Hercules es un mito. Ningtin juez verdadero posee sus poderes y es absurd° considerarlo un ejemplo que otros deben seguir. Los verdaderus jueces deciden los casos di-ficiles en una forma mas instintiva. No construyen y prueban varias interpreta-clones rivales contra una matriz compleja de principios morales y politicos. Su pexicia los lleva a ver una estructura en hechos y doctrina de inmediato; eso sig-nifica realmente pensar como un abogado. Si deciden imitar a Hercules, tratan-do de asegurar en cada c,aso alguna teoria general del derecho, estarian parali-zados mientras que su sumario se obstruiria." Este critico no entiende nuestro ejercicio. Hercules nos resulta iitil porque es mas reflexivo y cohibido de lo que cualquier juez verdadero necesita ser o, dada la presion del trabajo, podria ser. No hay duda de que los verdaderos jueces deciden la mayoria de los casos en una forma menos metodica. Pero Hercules nos muestra la estructura oculta de sus sentencias, y las deja abiertas al estudio y a la critica. Mas aun, debemos tener cuidado en hacer la distincion de los dos sentidos en los que podria decir-se que tiene mayores poderes que cualquier juez real. Trabaja mucho mas apri-sa (y por lo tanto, tiene mas tiempo disponible) y eso le permite explorar cami-nos e ideas que los demis no pueden; puede seguir no solo una o dos lineas evi-dentes al extender el campo de estudio de casos sino todas las limas posibles. Ese es el sentido en el que puede aspirar a mucho mas que ellos: puede aspirar a una teoria comprensiva, mientras que la de ellos debe ser parcial. Sin embar-go, no puede internarse en los misterios trascendentales que son opacos para ellos. Sus juicios de concordancia y de moralidad politica estan hechos de la misma materia y tienen el mismo caracter. Hace lo que harian los dernas si tuvieran que dedicar su carrera a una sola decision; ellos no necesitan una concepciOn del derecho diferente de la suya sino habilidades de manejo y de eftciencia que el nunca necesit6 cultivar.

Ahora, este critico adapta su juicio. "De todas formas, Hercules tiene demasiada teoria para casos simples. Los.buenos jueces saben que el significado dente de un estatuto simple, u una regla precisa que se apiica siempre y que jamas se puso en duda en un precedente, es la ley y que no hay nada mas que agregar. Seria ridiculo y no solo una perdida de tiempo, someter estas verdades

ceso que busca descubrir verdades interpretativas o morales "alli afuerf o
"metaforas son r

parte arbitraria y limitada de la misma.

Esta es una objecian esceptica much° mas fuerte porque ataca la viabilidad

diccion de principio. Supongan que Hercules Ilega a la conclusion, en la variation que corresponde al pear de los casos que acabo de mencionar, que ambas interpretaciones, la 5) y la 6), se adaptan a una parte importante de los antecedentes y ninguna se adapts en su totalidad. Responde con la extension de su campo y la busqueda de una interpretation mas general de k ley sobre accidentes que aisle y limite esta contradiction. Propane to siguiente: "Nuestro derecho en su totalidad reconoce dos principios como pertinentes a las perdidas que se debe permitir que su Iran las personas per accidentes. El primer° es un principio de compafibilidad colectiva. Sostiene que el Estado tendria que tratar de proteger a las personas evitando que se arruinen a causa de los accidentes, aun cuando el accidence sea ocasionado por su culpa. Este principio es muy aparente en distintos tipos de programas de seguridad reguladora, en los estatutos de compensation para los trabajadores y en los planes de seguro por riesgo a la propiedad y la persona, subsidiados por el Estado, que no estan adecuadamente cubiertos en el mercado privado de seguros. El segundo es un principio que distribuye los costos de un accidente entre los actores privados de la obra que lo produjo. Sostiene que las perdidas por accidentes deberian ser soportadas por la persona que cometio la falta y no Ia victima inocente. Este principio es mas evidente en la ley sobre negligencia, incluyendo las enmiendas legislativas o suplementos al derecho consuetudinario de negligencia.

"Estos son principios independientes y seria un grave malentendido de la legica de principio co nsiderarlos contradictorios. No es incoherente reconocerlos a ambos como principios; por el contrario, cuatquier vision moral seria defectuosa si negara cualquiera de los dos impulsos. Sin embargo, en algunos casos entraran en conflict°, y la coherencia requerira entonces un esquema de prioridad, peso o adaptation no arbitrario, un esquema que refleje sus fuentes respectivas en no nivel mas profundo de moralidad politica. Un accidente donde el actor negligente quedaria arruinado si fuera responsable por todo el dafLo causado es un ejemplo de este tipo de conflicto. El primer principio urge al Estado a protegerlo de la perdida catastrofica porque su responsabilidad seria entonces Canto un accidente para el, a pesar de ser por su culpa, como un accidente industrial, culpa de su victima. Sin embargo, el segundo principio declara que si cualquiera de los dos actores de la obra debe sufrir, este debe ser el actor que cometio is falta. Urge al Estado para que lo obligue a compensar por complete a cada una de sus vfctimas. Seria una adaptation conveniente de los dos principios que el Estado requiriera al acusado que compensara a algunas victimas, o algunas victimas hasta cierto punto, y que luego hiciera el balance de perdidas Para otras victimas del tesoro ptiblico. Pero en ausencia de un estatuto que lo proporcione, o cualquer tradition del derecho consuetudinario de compensation estatal que pudiera ser aprovechada, esta no es una posibilidad interpretativa. Por el infortne que encuentro, estoy limitado a decidir que uno de los dos principios debe ceder en estas circunstancias. Si prevalece el primero, es decisivo para el acusado que la perdida sea much° mayor para el, si se impusiera Ia responsabilidad total, que para cualquier demandante potencial si no se la impusiera. Si prevalece el segundo, la falta del acusado es decisiva en su contra a pesar de la magnitud de su perdida potencial

ficos del derecho coma integridad. Trata de importer el orden por encima de la doctrina, y no de descubrir el orden en las fuerzas que la crearon. Lucha por un grupo de prInclphn- que ofrecer a la integridad, un esquema para trangormar los distintos lazos en cadena del derecho en una vision del gobienro con unavoz unanirne, aun cuando esto sea muy diferente de las voces de los lideres del pa-sado. Podria fracasar (hemos estado senalando las formas en que podria hacer-lo) pero su fracaso no esta asegurado por nada de lo que ensena la historia, aun la mas cuidadosa y sensible. Existe un segundo estilo, mas filosofico, en la lite-ratura de los estudios criticos legales que es mas apropiado porque sus recla-mos son entendidos con mayor facilidad como interpretativos. Su objetivo no solo es demostrar que las distintas ideologias produjeron distintas partes del derecho sino que cualquier justificaciOn contemporanea competente de estas diferentes partes mostrarra necesariamente contradicciones fundamentales de principio, que Hercules debe fracasar al imponer una estructura coherente al imperio de la justicia en su totalidad. Sin embargo, este esceptico reclamo inter-pretativo es poderoso y pertinente solo si comienza por donde lo hace Hercules: debe sostener haber buscado una interpretacion menos esceptica y haber fra-casado. Nada es mas facil o mas intitil que demostrar que una descripcion de-fectuosa y contradictoria es tan valida co mo una mas atractiva y con menos de-fectos. El esceptico interno debe demostrar que la descripcion defectuosa y contradictoria es la tinica disponible.

Liberalism° y contradiceian

Xxiste un camino rapid° para llegar a esa declaracion ambiciosa y negati-va? Los estudios criticos legales trat3n de encontrar uno en lo que parecen ser los errores filosOficos de la teoria politica liberal. Este argument° tiene dos pa-sos. En primer lugar, sostiene que la estructura constitu clonal y las principales lineas doctrinales de las democracias occidentales modernas solo pueden ser justificadas como la elaboraciOn de una perspectiva fundamentalmente liberal de la personalidad ***y*** la comunidad. Insiste en que la distincion entre adjudica-cion y legislaciOn, prorninente en dicha estructura, refleja una concepcion libe-ral de la libertad; senala, por ejemplo, las caracteristicas del derecho privado de contratos, agravios y propiedad que ponen en vigor ideas liberales de responsa-bilidad individual. El segundo sostiene que el liberalismo, coma un sistema stifle° que combina ideas metafisicas y eticas, es profundamente contradictorio y que las contradicciones del liberalism° aseguran por lo tanto el caos y la con-tradiccion de cualquier interpretacion disponible de nuestro derecho, la conde-na del proyecto de Hercules. Este es un argumento excitante, y cualquiera atsai-do por el liberalismo pensara que el primer paso es obligatorio. Sin embargo, los argumentos para el segundo paso, acerca de la incoherencia del liberalism°, hasta el momenta, no han sido mis que fracasos espectaculares y vergonzosos. Comienzan y terminan con una descripcion defectuosa acerca de lo que es el li-beralism°, una descripcion que no se basa en ninguna interpretacion verosimil de los filosofos que consideran liberales. (19)

Mas aun, parecen ignorar par completo la distinciOn ***que*** a nosotros nos pa-reciO crucial para cualquier argument° internamente esceptico, la distincion en-tre competencia y contradicci6 n de principios. Este fracas° es tambien notable

en los ejercicios mas detallados y doctrinales de los estudioscriticoslegales, incluyendo algunos cuya Unica funci6n es la de criticar el derecho como integridad. CIto y chscuto un ejemplo reciente en una nota, en forma bastante extensa, porque trata just° la parte del derecho que hemos utilizado como nuestra ilustracian principal en este capitulo. (20) Deberian rescatarse los estudios criticos legales de estos errores porque sus ambiciones escepticas generales, entendidas a la manera del escepticismo intern°, son importantes. Tenemos mucho que aprender del ejercicio critic° que proponen, tanto de sus fracasos como de sus logros. Sin embargo, esto supone que sus objetivos son aquellos del derecho como integridad, que trabaja para descubrir hasta que punto los jueces tienen caminos abiertos (si es que los tienen) para mejorar el derecho rnientras que respetan las virtudes de fraternidad para la coal trabaja la integridad. Estos son los objetivos de por lo menos algunos miembros del movimiento. (21) Otros pueden tener un objetivo diferente y opuesto. Pueden querer mostrar el derecho bajo su peor perspectiva en lugar de la mejor, mostrar caminos cerrados que en realidad estan abiertos, y avanzar hacia una nueva mistificacian al servicio de objetivos politicos secretos.

ferroviaria una suma que °sae entre los mil y mil cien dolares para que el tren disminuya la marcha, y compailia aceptara la oferta porque ganara la di-ferencia entre la oferta y los mil dolares que pierde por disminuir la velocidad del tren.

De modo que bajo la suposicion de la transaccion-costo-nulo, la regla que elija el legislador no afecta el bienestar general de la comunidad. Por supuesto que hay diferencia para la compartia ferroviaria y para el granjero segtin la regla que elija. Si hace responsable a la compania de seguros en cualquiera de los ca-sos, la compania sera mas pobre y el granjero mas rico que si no la responsabi-liza. Pero esa es en si una cuestion de indiferencia con respecto a la prueba de ri-queza. Esa prueba se refiere a la riqueza total de la comunidad, que no se ve afectada por las transferencias de un grupo a otro a menos que, por alguna ra-zon especial, estas aumenten o red uzcan el total. Sin embargo, pueden pregun-tarse acerca de la importancia practica de que la regla que se elija no afecte el bienestar de la comunidad si los costos de transaccian son nulos, porque nunca lo son. Aun si el granjero ha leido libros sobre derec.ho en sus horas de ocio y por lo tanto no necesita contratar a u n abogado para que negocie por él, podria estar leyendo catalogos de semillas en lugar de preguntarse si debe ofrecer mil cincuenta o inil setenta y cinco dolares. Si los costos de transacciOn son bastan-te altos, evitaran un trato que mejoraria el bienestar de la comunidad. Supongan que la legislatura ordenO que los trenes compensen a los granjeros en circuns-tancias similares a las del caso 2, y a las partes les costaria mas de cien dolares negociar un acuerdo bajo el cual el granjero no cultivaria cerca de las vias. En-tonces, ese acuerdo no se haria (los costos de la transaccion se llevarian las ga-nancias anticipadas de por lo menos una de las partes), de modo que el tren no correria y la comunidad seria mis pobre como consecuencia de ello.

Sin embargo, el ejercicio tedrico de imaginar que los costos de transaccion son nulos no deja de ser importante, segun la interpretacion economica, porque identifica el rol fundamental que juegan estos costos y revela el siguiente conse-jo practico acerca de como un legislador que acepta el principio economic° de-beria decidir, suponiendo que deba elegir entre una disposicion terminante que haga responsable a los trenes nor todas las cosec has quemadas por sus chispas y una disposicion terminante que niegue toda responsabilidad de ese tipo. Debe elegir cual es la regla que piensa estara mas cerca de producir la pauta general de la acfividad econamica (los trenes que disininuyen la velocidad o las cose-chas que no se plantan) que las distintas companias ferroviarias arreglarian a tray& de un contrato si los costos de transaccion fuesen nulos. Pero tambien tiene que tomar en cuenta los posibles costos de transacciOn para facilitar acuerdos en esas situaciones discretas y especiales donde los factores econ6- micos son contrarios a su prediccion general. (5) Si piensa, por ejemplo, que seria mAs economic° para la compaiiia fen-oviaria iniciar y dirigir la negocia-cion cuando los hechos se dan como en el caso 2 que si lo hicera el granjero cuando se dan como en el caso 1, ello habla a favor de imponer la responsabili-dad en forma general a las compaidas ferroviarias en lugar de dejar que los granjeros sufran la perdida. De esta manera, u n legislador aumenta al maxim° el bienestar de la comunidad al tratar de medir lo que la verdadera negociacion habria producido, de ser posible.

Complejidades

El hombre razonable

Un legislador no siempre necesita elegir entre disposiciones generales ter-minantes de ese tipo. Un analisis economic° Inas sofisticado podrfa mostrar que una regla mas compleja, mas sensible al equilibrio de los factores economi-cos en ciertos casos en particular, produciria un mayor bienestar para la emu- nidad. Supongan que si el Vulcan Express corre a su maxima velocidad posible sobre su ruta parficular destruira mil cien &Mares en culfivos plantadoscerca de sus vias; si se desplaza a la velocidad necesaria para evitar las chispas, la compa-Fifa ferroviaria perdera mil &Hares. Pero si corre a una velocidad intermedia de por ejemplo, 1101cm por hora la compania ferroviaria perdera ganancias de qui-nientos ddlares, y al haber menos chispas, sOlo destruira el valor de cuatrocien-tos dolares en granos. En este caso, el bienestar de la comunidad es mayor que en cualquiera de los dos casos anteriores, y de esta forma un legislador haria mejor en elegir, por la prueba de riqueza, una disposicion que hiciera responsa-ble al tren por dichos daflos stilo si excediera el limite de velocidad de 110 lun por hora. Sin embargo, podria tener una mejor velocidad para elegir. Yaun si tu-viera todos los elementos necesarios para elegir la velocidad optima del Vulcan Express en su ruta, esa podria ser la velociada equivocada para el Thor Flyer, que se desplaza por un terreno muy diferente.

Quizas, un legislador tip° Hercules con un horario adecuado podria esta-blecer la velocidad optima para cada tren en forma separada. Pero cualquier disposicion que dicte sera obsoleta en poco tiempo. Pues la velocidad optima dependera de la tecnologia, que es cambiante, de la compleja economia del transporte de pasajeros y de carga, y del precio del grano, entre otros datos flue-tuantes. Ademas, el problema de los trenes que se desplazan junto a terrenos cosechados que pueden quemarse por las chispas es solo un ejemplo del tipo de conflict° que ahora estamos considerando. Existen otros innumerables tipos de circunstancias en las que una persona, que persiga una actividad por otra parte legal, puede causar un daft° no-intencional a otra persona. Un music° ejecuta mtisica *rock* cuando su vecino esti tratando de estudiar algebra. Un poeta h ace rugir su Maserati per rutas donde caminan personas. Un constructor hace una excavaciOn en su terreno y accidentalmente corta la linea de alimentacion sub-terrinea de una fabrica a cierta distancia de alli. Un gobernante que quiere que la ley que gobierna estas distintas formas de datio no-intencional aumente el bienestar general de la comunidad necesita una disposicion general del siguien-te tipo. Cualquier persona cuya actividad provoque dafios no-intencionales a otra persona o a sus bienes sera responsable de dicho dano si su actividad, bajo esas circunstancias, no era razonable, y una actividad no es razonable si el cos-t° marginal de evitar dicha actividad es menor que el costo del dano que dicha actividad amenaza causar a otros.

embargo, parece mas razonable considerar ese tipo de concordancia como un deseo que podria ser excedido por otros al decidir si una interpretaciOn es adaptable o no. De modo que no podemos rechazar la interpretaciOn econOmica sobre la base de que habria sorprendido a los jueces cuyas decisiones propane interpretar.

La cuestion de justicia

Teotia academica y practica

Una buena interpretation no solo debe adaptarse sino tambien justificar la practica que interprets. Las decisiones judiciales que hemos descrito fuerzan a unas personas a compensar a otras por las perdidas sufridas porque sus actividades, por otra parte legales, estan en conflict° y como estas decisiones se toman despues del hecho, solo estan justificadas si es razonable suponer que las personas responsables por el dafio deberian haber actuado de otra manera o deberian haber aceptado la responsabilidad por el daft° que causaron. De modo que solo pued en justificarse las decisiones al desplegar (*tin esquema general de responsabilidad moral que los miembros de una comunidad hubieran juzgado correcto tener, de no lastimar a los demos o de asumir la responsabilidad financiera por sus actos. Podemos hallar un esquema de responsabilidad razonable, una description razonable (IT como deberia comportarse la gente, que sugiera que la responsabilidad depende de Ia prueba de mercado simulada?

Necesitamos hacer otra distincion mas: entre lo que podriamos denominar la elaboration practica y la academica de una teoria moral. Las personas que se basan en un esquema de responsabilidad personal para los accidentes, guiadas por una teoria moral abstracta, no tratarian de definir reglas muy concretes que captaran con exactitud lo que la teoria abstracta requeriria en cada circunstancia imaginable si fuera elaborada por un filosofo moral academic° que pudiera tener en cuenta todos los matices de los hechos. Si lo hicieran, producirian demasiadas reglas para entender y dominar. Tendrian dos opciones que podrian combinar. Podrian establecer

reglas utilizando palabras como 'razonable bajo las circunstancias", que requieren calculos mas especificos en ciertas ocasi ones en particular, o podrian formular reglas imperfectas, claras en si mismas, que ignoraran sutilezas. Buscamos entonces una teoria moral cuya elaboraciOn practica en lugar de academica requiera preceptos de ley que simulan el mercado. Sin embargo, cuando inspeccionamos cualquiera de esas teorfas, para ver si es razonable como teoria moral, debemos estudiar su elaboration academica porque aquello que nos interesa no son los ajustes practicos que se requieren para hacer la teoria mas manuable y eficiente en la politica y la vida diaria, sino una cuestion muy diferente que es si aceptar o no la teoria en primer lugar. La elaboration academica es lo que revela la verdadera naturaleza o caracter de una teoria moral. Veremos la importancia de esta distincion una vez que consi-

deremos la defensa mas natural, debido a su simpleza, de las reglas que simu**lan mprearins sobre link base moral.**

zTenemos el deber de incrementar el bienestar al attforimo?

Esta defensa se basa en un argumento de dos pasos. 1) Las personas tienen el deber moral de aumentar el bienestar de toda la comunidad en lo que pagan y el correspondiente derecho moral de que los demos acttien de esa forma. 2) El bienestar de la comunidad se basa en su riqueza general segtin 1a definicion que describi anteriormente; una comunidad siempre es mejor cuando es mas rica en ese sentido. El segundo paso de este argumento es absurdo, tal como nos damos cuenta al considerar la elaboraciOn academica de la declaraciOn que dice que una sociedad mas rica es necesariamente mejor. (9) Supongan que un hombre pobre y enfermo necesita remedios y par lo tanto, esta dispuesto a vender su libro preferido, su tinica fuente de placer, para obtener los cinco dalares que cuestan los remedios. Su vecino esti dispuesto a pagan diez dolares por el libro si fuera necesario, porque es el famoso (y rico) nieto del autor, y si autografia el libro podra venderlo a once dolares. Segtin Ia definition economica de bienestar comunitario, la comunidad seria mas rica si la policia le quitara el libro al hombre pobre y enfermo y se to diera a su rico vecino, dejando al pobre hombre sin libro y sin remedios. La comunidad es mas rica porque el libro vale once delares en las menos del hombre rico y solo cinco, en las del pobre. La

riqueza de la comunidad aumenta si le quitan el libro al hombre pobre, mas ally incluso de lo que ganaria si ambos hombres llegaran a un acuerdo, porque una transferencia forzada salva los costos de transaccion de dicha negotiation.

Esta solution no formaria parte de la elaboration ¡*brrictica* de la tesis de que las personas siempre tienen el deber de hacer aqua() que mas enriquezca a la comunidad. Un gobernante ansioso por proporcionar preceptos de ley que reflejen dicho deber evitaria cualquier regla que permitiera las transferencias forzosas aun en circunstancias como estas. Supuse que sabemos que el hombre pobre venderia su libro por cinco dolares y el rico pagarfa diez. Sin embargo, Ia mejor manera de descubrir el valor que las personas les dan a las cosas es exigirles que co ncluyan transaccio nes. De otro ma do, no tenemos forma de probar si en realidad harian lo que afirman. Sin duda, a la comunidad le cuenta mas permitir que los vecinos regateen sobre el precio exacto del libro que quitarle el libro al hombre pobre sin la perdida de tiempo que Ilevaria el regateo. Pero a la larga, se gana mas en precision al insistir en que las personas regateen, para asegurarse de que la transferencia realrnente aumenta la riqueza de la comunidad. De modo que un gobernante que pensara que las personas siempre tienen el derecho de incrementar al maxim° el bienestar de Ia comunidad insistiria en que la ley no permitiera las transferencias forzosas cuando fuera posible una negociacion. Sin embargo, nuestro simple argumento contra el deber de incrementar el bienestar se mantiene, porque el objetivo del argumento no es demostrar que ese deber produciria resultados aterradores en la practica, sino que aquello que recomienda, si esto fuera posible, esta profundamente equivocado en principio. Aun si estuvieramos seguros de que el hombre rico pagaria mas de lo que el pobre le cobraria, de forma tal que el bienestar de la comunidad aurnentaria por el solo hecho de quitarle el libro al hombre pobre y entre-

garselo a su vecino rico, no considerariamos que esta situacion es mas justa o la comunidad mejor despu easte una transferencia de ese tipo. Entonc.es. tar la riqueza social no necesariarnente hace que la comunidad sea mejor.

El deber utilitarista

Un argumento utilitarista

Si existe un buen argumento moral para el aumentode la riqueza, el enfoque de simu lacier' de mercado para la responsabilidad personal, este debe de ser mas complicado que aquel simple que acabamos de rechazar. A continuation, consideraremos si un argumento podria encontrarse en la teoria moral popular del utilitarismo que sostiene que las decisiones politicas deberian apuntas a mejorar la felicidad promedio (o el bienestar promedio sabre la base de otra concepcion) en la comunidad en general. El argumento utilitarista que estudiamos reconoce el punto que seaale en primer lugar, de que cualquier interpretaCain razonable sobre las decisiones acerca de accidentes u otros dews no-intencionales debe comenzar en alguna teoria sobre responsabilidad individual por actos y riesgos. (10) Este argumento posee tres pasos. El primero, todos tienen el deber moral general de actuar, en cada decision que se tome incluyendo aquellas sobre el use de la propia propiedad, como si los intereses de todos los demas fueran tan importantes como los propios y los de las personas allegadas coma la familia y los amigos. Segundo, las personas actuan en esa forma cuando toman decisiones que mejoran la felicidad promedio de toda la comunidad,

intercambiando las perdidas de felicidad de algunas personas contra las ganancias de otras. Tercero, la mejor elaboracion practica del deber que surge de estos dos primeros pasos, el deber de incrementar al maxima la felicidad promedio, adquiere la forma de reglas que simulan mercados de responsabilidad personal, es decir, reglas que exigen que **lac** personas acuien como si hubieran regateado en negociaciones sin costo, como las que imagine entre las compafiias ferroviarias y los granjeros. Las personas deberian simular los mercados y enriquecer asi a Ia comunidad, no porque una comunidad mas rica sea necesariamente mas feliz (en promedio) sino porque por lo general lo es, y porque ningtin otro codigo practico de responsabilidad podria hacer alga mejor por el pro-media de felicidad. El argumento utilitarista acepta que las personas no tienen el deber fundamental de aumentar al maxim o el bienestar de la comunidad; propane que Ia mejor comprension practical del deber que tienen, el deber de aumentar al maxima la felicidad, se logra actuando como si en realidad tuvieran el

deber de incrementar el bienestar al maxima.

Debemos estudiar este argumento en etapas, y co menzaremos con su tercer paso. Este declara que si los ciudadanos aceptan y siguen reglas de simulacion de mercados y, por lo Canto, de incrementacion del bienestar, al decidir si correr el riesgo de herir a otras personas y cuando asumir Ia responsabilidad financiera por los danos que causan, esta practica mejorara la felicidad promedio de los ciudadanos a largo plazo. Esta no es una declaration acerca de las consecuencias inmediatos de ciertos actos en particular, considerados uno a uno. Es probable que algunas decisiones de simulac ion de mercados disminuyan la felicidad general. Pe ral aumenta a largo plaza si cada uno sigue las reglas en los casos que estamos considerando. La historia no proporciona ninguna evidencia util para esta suposicion. No confirma que la mejor manera de hacer ma's feliz a una comunidad es enriquecerla en su totalidad sin ninguna restriccion directa de distribucion; esa tesis sigue siendo un articulo de fe mas popular entre los pobres que entre los ricos. Sin duda, el promedio de las personas tiene un nivel de vida mejor, por lo menos segtin los pantos de vista convencionales acerca de que es tener un buen nivel de vida, en las naciones presperas que en las pobres. Sin embargo, la actual cuestion es diferente iTenemos alguna razon para pensar que por to general, la felicidad promedio mejora en naciones prosperas gracias a una mayor prosperidad, medida por las sumac que sus ciudadanos desean y pueden pagar por los bienes que realizan o comercializan? i0 no aumentaria dicha felicidad si los ciudadanos aceptaran otras normas de responsabilidad personal, normas que a veces ignoraran la prosperidad par otros valores? Creo que no; estas declaraciones pueden ser verdaderas, pero no poseemos ninguna evidencia convincente de que lo sean.

Sin embargo, podriamos querer suponer que son verdaderas solo por consideraciOn al argumento que estamos analizando. Debemos entonces volver al segundo paso de dicho argumento y preguntarnos si es correcta su tesis de que tratar a las personas con igual interes

significa actuar de modo tal de mejorar la felicidad promedio. Los criticos del utilitarismo inventan historias (a veces muy imaginativas) que parecen poner en duda dicha tesis. Supongan que los fanaticos raciales son tan numerosos y tan sidicos que el hecho de torturar a un hombre negro inocente mejoraria el nivel general de felicidad de toda la comunidad. Esto justificaria la tortura? Los filosofos utilitaristas siempre contestan de la misma manera a estos horribles ejemplos acerca de lo que podria exigir el utilitarismo. (11) Sostienen que un buen razonamiento moral procede en dos niveles. En el primero, o nivel teorico, nuestro objetivo seria descubrir aquellas reglas o principios de moralidad que, como maximas de conducta, pueden proporcionar la mayor felicidad promedio dentro de la comunidad a largo plazo. En el segundo, o nivel practico, deberiamos aplicar las maximas asi elegidas en casos concretos. Deberiamos decidir que hacer en ciertos casos en particular, no preguntarnos que decision puede producir mas felicidad sino que requeririan que hicieramos las normas elegidas en el primer nivel. Es obvio que, en el primer nivel de la teoria, elegiriamos reglas que condenaran is tortura y el prejuicio racial. Esto explica y justifica nuestra "intuicion" de que seria incorrecto satisfacer el sadismo o el prejuicio nun en circunstancias especiales, cuando pensaramos que un calculo utilitario directo, aplicado solo a los hechos inmediatos, lo requiriese.

Sin embargo, esta defensa habitual del utilitarismo evita la pregunta dificil. Una vez mas, confunde una critics poderosa de su elaboracitin academica con tin reclamo en-Oneo sabre su elaboraciOn practica, sabre las intuiciones morales que alentarian a gobernantes y filosofos para que las cultivaran en las personas corrientes. No es tan dificil imaginar cam bios en el clima economic°, social o psicologico que no harian de nuestras intuiciones familiares lo mejor que podria inculcar un utilitarista. Los sadicos fanaticos podrian tornarse muy nurne-

rosos entre nosotros, su capacidad de placer tan profunda, y sus gustos tan inexfirpables que aun en el primer nivel (cuando consideramos que reglas aumentarian la felicidad a muy largo plazo) estanamos obligados a hacer excep-clones a nuestras reglas generales y permitir sOlo tortura de los negros. No es una buena respuesta que por fortuna no existe la genuina posibilidad de que surja esa situaciOn. Pues esta vez, el objetivo de esas atenadoras historias no es proporcionar una advertencia practica (de que si el utilitarismo nos seduce pa driarnos Ilegar a amparar la tortura nosotros tambien) sino exporter los defectos en b elaboracion academica de la teoria seiblando las convicciones morales que siguen siendo poderosas aun en forma hipotetica. Si ca-eemos que seria in-justo torturar a los negros aun en circunstancias (en extrema improbables) en que ello incrementaria la felicidad promedio, si creemos que dicha practica no trataria a las personas coma iguales, entonces rechazamos el segundo paso de nuestro argumento utilitarista.

Dos estrategias

Supongamos una vez mas, en beneficio del argument°, que el segundo pa-so es razonable, es decir,

que tratar a las personas con igual interes significa in-crementar al maxim° el promedio de felicidad. Volvamos ahora al primer paso. Ahora nos preguntamos, au n si aceptamos los dos primeros pasos, si es razona-ble suponer que todos tienen el deber moral de actuar siempre en formas que simulen rnercados, cuando por alguna razOn la verdadera negociacion no es po-sible. Es tiempo de se fialar una relacion intuitiva entre el incremento al maxima de la riquez.a y la igualdad que podna hacer parecer razonable dicha idea. Las doctrinas legales de negligencia y perjuicios que describi dan una nota moral. Parece razonable que cuando los accidentes son posibles las personas deben preocuparse por el interes de cada u no de la misma forma y en el mismo grad° que por el propio. Podriamos tratar de explicar esa conviccion en dos formas. En primer lugar, podriamos asumir que las personas siempre tienen esa res-ponsabilidad igualitaria, que siernpre deben, en todo lo que hacen, considerar los intereses de los dernas tan importantes como los propios o los de la familia y amigos. Entonces, la responsabilidad igualitaria que pone en vigor la ley sabre accidentes no es mas que una instancia especial de una responsabilidad moral penetrante. Segundo, podriamos tratar de demostrar que, a pesar de que las personas no suelen tener esa pesada responsabilidad, lo hacen en los casos de negligencia o perjuicio, por razones que luego explicaremos.

El actual argumento utilitarista escoge la primera de estas estrategias. Esta supone que siempre debemos, en todo lo que hacemos, tratar los intereses de los demas corno si fueran tan importantes como los propios. Tambien ofrece una descripcion discutible de lo que ello significa en la practica, pero aceptamos dicha descripcion, en beneficio del argument°, admitiendo el segundo y el ter-cer paso del argument°. Ahora estamos estudiando el primer paso, que supone que cada uno tiene siempre la intensa responsabilidad moral de mostrar igual interes por demas. La mayoria de nosotros no acepta esta responsabilidad. Pensamos que somas libres, tanto moral corno legalmente, como para preferir nuestros propios intereses y proyectos, y los de un grupo reducido de personas par las que sentimos especiales lazos y responsabilidades asociativas, en las de-

cisiones diarias que tomamos al utilizar nuestra propiedad. Aceptamos que a ve-

(-ea ***no*** **riehprrul%**
favorecernosanosotros mismos_y-a-aqueallas-aaar-aona&-eecea---- — nas, y en especial ac,eptamos que no debemos hacerlo circunstancias de per-
Jura° o negligencia, sino que debemos considerar que un ocasionado a una persona extrana es tan importante coma un daao ocasionado **a** nosotros misrnos. Sin embargo, sentimos que por alguna razan estas circunstancias son especiales. Y utilizamos la segunda estrategia para explicarlas.

Mas aun, consideramos que las circunstancias de negligencia y perjuicio son especiales, en una forma particular que hace que nuestras responsabilida-des morales sean sensibles a nuestras responsabilidades legales. Tendre que explicar esta relaciOn con mas detalle y en un lenguaje mis apto un poco Inas adelante en este mismo capitulo, cuando consideremos la descripcion no-utilita-rista de la ley sabre accidentes y perjuicios que sostendre como superior. Sin embargo, **1 a** relacion puede ser descrita de manera informal en la siguiente forma: nuestra practica legal reconoce aquello que a menudo se denomina derechos legales prima *facie a* La propiedad, pero que yo Ilamare derechos abstrac-tos. Tengo el derecho legal abstract° de hacer correr mis trenes a lo largo de las vias que poseo del mismo modo que una persona tiene el derecho a cultivar maiz cerca de las vias. Tengo el derecho legal abstracto de utilizar mi aparta-mento como quiera y por lo tanto, de tocar la trompeta, del mismo modo que otra persona tiene los suyos y por lo tanto, la libertad de estucliar Algebra *en* paz. Denominamos a estos derechos *prima facie* o abstractos porque sabemos que pueden estar en pugna: el ejercicio de mi derecho puede invadir o restringir el derecho de otra persona, en cuyo caso surge la pregunta de quien de nosotros tiene el derecho real o concreto a hacer lo que desea. bajo estas circunstan-cias (el campo de la negligencia. el perjuicio y otras formas del derecho por da-Os no intencionales) que creemos surge la responsabilidad igualitaria. Debo decidir segtin mis derechos concretos Qpuedo hacer correr mi tren o tocar la trompeta aqui y ahora?) en una forma que respete tanto los intereses del otro como los propios, no porque siempre deba actuar en esa forma sino porque de-b° hacerlo cuando nuestros derechos abstractos se enfrenten. No tengo esa responsabilidad cuando

aceptan su estricto requerimiento de considerar siempre los intereses de los demas como si fueran tan importantes como los propios, sino que actUan de una manera mas relajada de como actiian en la actualidad. Nunca ha surgido un argumento semejante, y debemos aguardar hasta que se evalUen sus posibilidades de exito. Sin embargo, cualquier intento puede parecer *ad hoe*. Pues el argumento de dos niveles no solo debe demostrar que se produciria una mayor utilidad relajando el requerimiento estricto en Ia practica, sino que se produce una mayor utilidad al relajar dicho requerimiento en un modo en especial: insistiendo en el cuando, y solo cuando, los derechos legates abstractos sobre propiedad esten en conflicto. Tal vez, esto pueda demostrarse, aunque no es muy evidente, y existe el peligro de que alguien que to intente estara de hecho retrocediendo: del hecho de que nuestras practicas morales hacen esta discriminacion a la conclusion no-garantizada de que deben promover la utilidad mejor a largo plazo que cualquier otro esquema posible de responsabilidad.

La interpretacion igualitaria

Responsabilidad ptiblica y privada

Tendriamos que buscar un esquema de responsabilidad diferente que tam-bier) recomiende Ia conducta de simulacion de mercado cuando los derechos legates abstractos ester en conflicto pero no suponga un deber personal el hecho de actuar siempre en forma tal que haga mas feliz a toda la comunidad. Hasta el momento, hemos aceptado que como el comportamiento de simulacion de mercado disminuye al minimo las perdidas financieras entre aquellos afectados por alguna conducta y mejora en consecuencia el bienestar de toda la comunidad, debe ser exigido per dicha razon. Deberiamos explorar otra posibilidad: a pesar de que el comportamiento de simulacion de mercado par to

general mejora el bienestar de la comunidad, es requerido por otra razon. Nues-

tro argumento_ya_hasugerida.eLcaractezgeneral de otrarazon. Una personaque se abstiene de un acto sobre la base de que le costaria a su vecino alas de to

que se beneficiaria a si misma, tiene en cuenta el bienestar de su vecino en los mismos terminos que los propios; puede pensarse que el deber de actuar de esa forma descansa sobre una base igualitaria.

El argumento utilitarista que acabo de formular expiotaba esa idea en una forma. Suponia que cada persona tenia el deber general de considerar siempre los intereses de los demas como si fueran tan importantes como los propios, y de ese deber general deriva el deber de que cada uno actue siempre en forma tal que enriquezca a la comunidad. Llegamos a la conclusion de que esa derivachin era dudosa, pero la aceptamos con la condicion de considerar el deber general, que hallamos entonces inverosimil. ,Podemos explotar mejor la base igualitaria de la ley sobre accidentes si rechazamos el deber general y elegimos la segunda estrategia que distingui, que se adapt.a mejor a nuestras instituciones morales ordinarias? ePodemos demostrar que el deber de considerar los intereses de los demas con Ia misma importancia solo es valid° en ocasiones, incluyendo aquellas donde los derechos legates abstractos estan en pugna?

Tal como to dije antes, la mayoria de nosolroscree que no tenemos el deber general de tratar a todos los miembros de nuestra comunidad con igual interes en todo lo que hacemos. Pero creemos que nuestro gobierno, la comunidad personificada, si to tiene y en esta responsabilidad publica podriamos esperar encontrar alguna explicacion de por que nosotros como individuos tenemos a veces tambien ese deber. El gobierno toms decisiones en lo concerniente a la produccion, distribucion y posesion de bienes y el use que las personas tienen derecho a hacer de sus bienes. Estas decisiones constituyen un esquema de propiedad, y la responsabilidad del gobierno de tratar a Las personas como iguales en todas sus decisiones dirige el esquema de propiedad que crea y hace cumplir. De ahi surge el siguiente problema sabre la actitud permisiva que asumimos coma individuos, la actitud que nos permite favorecernos a nosotros mismos y a aquellos seres cercanos a nosotros en el use que hagamos de la propiedad que ese esquema nos asigna. ePor que el

gobierno no deberia revocar esa actitud permisiva al adoptar principios de derecho que Ia prohibieran? ePor que, en el ejercicio de sus responsabilidades igualitarias, no deberia adoptar el exigente principio que dije que rechazamos, de que nunca deberiamos utilizar nuestros bienes salvo en formas que reconozcan el igual interes por todos aquellos que hayan guiado al gobierno al designar su esquema?

Debemos pensar mas en el alcance y el caracter de ese deber public°. Decimos que el gobierno tiene la responsabilidad abstracta de considerar el derechos "naturales" sobre cualquier bien que hagan adquirido en **ciertas formas canonicaLyatesigithiemotaaa1 91510 como** iguales cuando **protege la posesion** y el use de dichos bienes. Por otra pane, las concepciones **basadas en el bienestar** niegan todo derecho natural a la propiedad e insisten en que **el go**bierno debe producir, distribuir y regular la propiedad para lograr resultados definidos por alguna funcion especifica de la felicidad o bienestar de los individuos. El utilitarismo, en la forma que acabamos de discutir, es una conception de igualdad que se basa en el bienestar: sostiene que el gobierno trata a las personas como semejantes en su esquema de propiedad cuando sus reglas aseguran el mayor bienestar promedio posible, considerando la felicidad **o el** exit° **individuales de la misma manera. La igualdad de bienestar es una teoria** dilerente

destino de cada ciudadano con Ia misma importancia. (12) Las concepciones o teorias de igualdad son respuestas rivales a La pregunta de que sistema de propiedad cumpliria con esa norma. Debemos entonces comenzar por senalar coma difieren estas concepciones de igualdad unas de otras, limitando nuestra atencion a aquellas que figuran en el argumento politico contemporaneo.

Concepciones de igualdad

Las concepciones liberales de igualdad suponen que las personas poseen

de la misma clase: requiere que el gobierno designe y distribuya la propiedad para que el bienestar de los ciudadanos sea equitativo, en la inedida de lo posible.

Un tercer grupo de teorias requiere que el gobierno tenga como objetivos resultados no definidos en el vocabulario del bienestar sino de los bienes, las oportunidades y otros recursos. Dicha teoria (igualdad material) requiere que el gobierno haga que el bienestar material de todos los ciudadanos sea lo mas equitativo posible a lo largo de toda su vida. Otra, que denominare igualdad de recursos, requiere que el gobierno disponga para cada ciudadano la misma cantidad de recursos para que los consuma o invierta como desee. La igualdad de recursos, a diferencia de Ia igualdad material, supone que la riqueza de las personas deberia diferir pues estas hacen elecciones diferentes acerca

de la inversion y el consumo. Supone que si las personas comienzan con la misma riqueza y otros recursos, se preserva la igualdad a traves de transacciones mercantiles entre ellas, a pesar de que algunas se hagan mas ricas que otras y algunas, mas felices a traves de estas transacciones. Sin embargo, la igualdad de recursos reconoce que las diferencias de talento son diferencias de recursos y por esa razon busca compensar de alguna manera al menos talentoso mas ally del beneficio que le otorgue el mercado. (13)

Ahora debemos hacer una nueva distincion entre estas concepciones famihares de igualdad. Algunas compiten con las ambiciones privadas que las personas pueden perseguir en el uso de sus bienes, de Ia siguiente forma. Imaginen que el gobierno ha logrado designar el mejor esquema de propiedad disponible sobre cada una de estas concepciones y luego deja a cada ciudadano en libertad para que utilice o cambie los bienes que le fueron asignados bajo ese plan en la forma que desee, libre the cualquier responsabilidad the demostrar igual interes por los intereses de los demas. En algunas de las concepciones que citamos, no en todas, el resultado puede llegar a socavar la forma the igualdad que el esquema aseguraba originalmente. Esto es verd ad en los casos de igualdad de bienestar y de igualdad material. Algunos ciudadanos lograran un mayor bienestar o podran acumular mayor riqueza que otros a traves de sus decisiones y negocios, de modo que to igualdad inicial tanto en el bienestar como en la riqueza sera destruida. Es posible, aunque no inevitable, que la conception utilitarista de igualdad tambien sea destruida. Un gobierno de gran capacidad y sabiduria godria diseiiar un esquema tal que las elecciones que deban hacer las personas, fibres para favorecerse a si mismas, incrementara al maxim° el promedio de las utilidades. Pero cuando cambian los gustos y los vinculos, sus elecciones ya no obtendran ese resultado, y los cambios en el esquema, a traves de una redistribucion o de distintas disposiciones reguladoras, seran entonces necesarios para restaurar los resultados utilitarios obteni os imcia mente. n eseo,se estas tres teorias (igualdad the bienestar, igualdad material y utilitarismo) hacen que Ia election privada compita con la responsabilidad publica, de modo que sus seguidores tienen dificultad para responder a la pregunta que formule, de por que el gobierno no deberia hacer cumplir algtin principio legal general que requiera que las personas eviten las decisiones privadas que perturben la distribuciOn the bienestar o riqueza existente. Solo pueden resolver este problema demostrando lo que parece inverosimil, que la forma de igualdad que apoyan puede lograrse con mayor constancia y seguridad sin dicho principio que con el. (14)

Las dos concepciones restantes de nuestra lista (liberalismo e igualdad de recursos) no compiten con la ambition privada sino que, por el contrario, son totalmente compatibles con ella. Si las personas poseen derechos naturales de propiedad, y el gobierno identifica con precision estos derechos y protege su ejercicio, las elecciones que realiza la gente al hacer uso de su propiedad afirmarin en lugar de amenazar aquello que el gobierno ha logrado. Lo mismo sucede con Ia

es: que debe considerarse que es ese esquema, lo que significa preguntar dim° pueden definirse en forma mas particular estas condiciones. Cada ciudadano debe responder por si mismo esa pregunta interpretativa, al pulir y aplicar la conception de igualdad compatible que segun cree, proporciona la mejor interpretation de la principal estructura del esquema establecido.

En estas dos ultimas ocasiones, sus actitudes deben ser igualitarias en lugar de permisivas. Esa es la base que necesitamos para una mejor justificacion igualitaria del enfoque de simulaciOn de mercado para algunos casos dificiles en derecho. Nos permite establecer esa justificacion en esta forma preliminar. Las reglas de simulaciopn de mercado proporcionan al menos parte de la mejor elaboration practica de la mejor conception de igualdad compatible. De modo que estas reglas deberian guiar a los ciudadanos cuando estan correctamente comprometidos con ellas, no solo a] emplearlas sino al elaborar el esquema public° de propiedad de su comunidad, tal coma lo estan cuando sus derechos abstractos estan en conflict°. En lo que queda de este capitulo ahondare y defenders estas declaraciones, pero debemos selialar que incluso hasta el momenta, el argument° proporciona otro ejemplo de coma el derecho coma integridad alienta una interaccion reciproca entre el derecho y la moral en Ia vida practica de todos los dias, aun cuando no haya ningtin juicio en perspectiva y cada ciudadano sea juez para y de si mismo.

Igualdad y costo comparativo

El ejercicio

Las dos concepciones compatibles de igualdad que mentions difieren en formas fundamentales. *La* elaboration practica de Ia igualdad de recursos, por ejemplo, exige que se compeuse la herencia desigual de riqueza, salud y talent° a traves de la redistribuciOn, pero la concepcion liberal rechaza la redistribucion coma to robo y par principio. Habria diferencia, y en algunos casos muchas, en cuando a cual de las concepciones un ciudadano aplica a las situaciones donde los derechos legates abstractos estuvieron en **conflicto,** cual de ellas utilizo para

decidir quien posee el derecho concreto y quien debe ceder. Dada que mi principal propOsittres dernestrarizrrelatiOrrentre una conception de igiraldadyla ley sobre accidentes, no discutire sino que asumire que la igualdad de recursos es superior a la conception liberal: se adapta a nuestras practicas morales y legates de Ia misma manera y es mejor en la teoria moral abstracta. (16)

Tampoco tratare de mejorar la declaration acerca de la igualdad de recursos que hice hace un momenta; confio en otros argumentos para darle forma y, espero, un mayor atractivo. (17) Solo necesitamos esa imperfecta description para continuer con nuestra construccion de la justificacion igualitaria *de* las decisiones judiciales de simulacion de mercado. Tratare de demostrar que si alguien acepta la igualdad de recursos como una mejor interpretation del esquema de propiedad de su comunidad que otras concepciones de igualdad, entonces deberia adoptar un punto de vista acerca de sus responsabilidades privadas que produzca elecciones que simulen mercados en la mayoria de los casos, cuando compitan los derechos legates abstractos. Mi argument° no es deductivo. No demuestra que cualquiera que acepte Ia idea basica de igualdad de recursos Ilegara automatica e inevitablemente a las conclusiones que describo. Solo sostengo que tendra que hacer una serie de elecciones para adaptar esa conception a los casos que estamos considerando y que las elecciones razonables to llevaran entonces a la simulacion de mercado en la mayoria de los casos corrientes. Mi argument° no recomendara el principio economic° en todos los casos donde los partidarios de una interpretation economica lo considerarian apropiado porque la justificacion igualitaria condena en lugar de aprobar *gran* parte de lo que reclaman.

La principal linea de conducta

Supongamos que usted y yo tenemos mas o menos la misma riqueza y que ninguno de nosotros esti discapacitado o tiene alguna necesidad o requerimiento especial. Descubrimos que las actividades que cada uno de nosotros ptanifica en forma individual, cada uno gozando de los derechos generates que asegura la asignacion de bienes, estan en conflict°. Deseo aprender una obra para trompeta una tarde mientras que usted quiere estudiar algebra en el apartamento de al lado. 0 deseo conducir a toda velocidad mi automovil por una calle don-de usted desea caminar en paz. 0 quiero que mis trenes atraviesen un terreno donde usted desea plantar *granos.*

Mis proyectos se cruzan con los suyos, y antes de proceder tengo que decidir hasta que punto estoy dispuesto a modificar mis planes para tomar en cuenta sus intereses y hasta que punt° debo asumir responsabilidad por cualquier clan° que pudiera causarle. Desde el punto de vista intuitivo, parece correct° que esto sea, al menos en parte, una cuestion acerca de los costos relativos para cada uno de nosotros de las decisiones que podria tomar. Si solo me costara un poco desistir de mis planes, pero a usted le costaria mucho si no lo hiciera, esta parece entonces una buena razOn para detenerme o para compensarlo si sigo adelante con mis planes.

La teoria de la responsabilidad privada que probamos exotica por que figura el costo relativo en estas decisiones morales. Segtin esa teoria, debemos actuar coma si los derechos concretos que no podemos ejercitar no hubiesen sido distribuidas todavia entre nosotros, y por lo tam° debemos hacerlo de Ia mejor

manera posible, en la forma que recomienda la igualdad de recursos, Si tuviera. mos el tiempo, la ocasion v la suficiente buena voluntad como par gun compromiso (por ejemplo, si Ilegaramos a un acuerdo acerca de las horas en que puedo tocar la trompeta), entonces la igualdad estaria protegida de ese modo. Sin embargo, si en estas circunstancias el compromiso no es posible, de-bemos actuar en forma tal que reduzcamos al minim° la desigualdad de la dis-tribuciOn que logramos, y eso significa que el perdedor pierda menos. Este principio de datio comparative necesita una elaboraciOn. iCOmo mediremos los costos relativos de aprovechar o de renunciar a la oportunidad? Nuestra suposi-ciOn basica, que estamos llevando adelante un esquema de igualdad o alguna otra suposici6n benefica, descarta algunas medidas. No debemos medir los cos-tos comparativos en terminos de felicidad o satisfaccion, o alguna otra dimen-sion de bienestar. De modo que debemos calcular quien perderia menos en es-tas circunstancias al comparar costos financieros, no porque el dinero sea mas importante que cualquier otra cosa sino porque es mis abstracto y por lo tanto, la mejor norma para decidir quien de nosotros perdera mas en recursos en c.ada una de las decisiones que tomemos.

Esto plantea un problema cuando las p&didas *en* cuestion no son obvia o inmediatamente financieras. Tal vez, ninon° de nosotros poriga un ingreso en peligro cuando quiero practicar mientras que ustecl quiere estudiar. Conio de-bo decidir si el principio de costo comparativo me da el derecho de tocar la trompeta? No deberia preguntar si obtendre mis placer al tocar la pieza del que usted tendri al dominar su prueba, sino si el dano causado a mis planes en ge-neral seri mas grande que el ocasionado a los suyos. Dado que ambos tenemos casi los mismos fondos a disposicion, parece sensato medir el dem potencial en la forma racion seria decisiva para el principio de dafio comparativo? Esta es una pregun

circunstancias al allegar-a41.----ta-clitisil-y-ambas-respuestas son, en-wv-priacipioraseptables-Sia-embargo,-la-se-_

gunda respuesta parece ser mejor. Si puede suponerse que la igualdad de recur-sos es valida no solo entre nosotros sino en la comunid ad de aquelllos que se ve-ran afectados por mi practica, entonces, debo medir el costo de alguna oportuni-dad que podria aprovechar para mismo al medir su importancia para los de-mas en forma general: el verdadero costo para los demas del hecho de que toque la trompeta es lo que ellos, todos juntos, desearian gastar para impedirmelo.

que sugiere la prueba de simulacien de mercado: al preguntar si usted pagaria mas si yo dejara de tocar la mtisica, si tuviera que hacerlo, de lo que yo pagaria por la oportunidad de tocar. Esto puede parecer insensible, reducir la alegria del arte y la erudiciOn ai diner°, pero es una forma perfectamente razo-nable de intentar medir a grandes rasgos aquello que queremos descubrir: la importancia relativa de las dos actividades que cada u no desarrolla en nuestros esquemas generales sobre lo que queremos hacer con nuestras vidas. Es un mejor test para este proposito que cualquier comparacion del placer o gozo que cada uno de nosotros ganaria o perderia, o la importancia relativa de las activi-dades desde la perspectiva de la mejor vida etica.

Suponga, sin embargo, que aquello que deseo hacer no solo lo afectari a usted sino tambien a muchas otras personas. Si mi tren corre a gran velocidad y despide chispas, esto aumentari el precio que las personas tendrin que pagar por el pan; si el tren disrninuye la velocidad y el grano se salva, esto aumentari el precio de transporte de pasajeros y carga en los trenes. Sin embargo, como este es un caso comercial, el impacto sobre los dernas esti representado por la comparaciOn entre lo que perderia mi compania ferroviaria y usted en cada de-cision. Pero el caso de la trompeta y el algebra es diferente. Los efectos de mi decision sobre los demis, si es que cuentan, tend rim que ser imaginados por se-parado. Tal vez, tocar la trompeta es mis importante para mi, medido por lo que gastaria por este privilegio si fuera necesario, de to que mi silencio representa para usted o cualquier otro vecino, pero menos importante de lo que mi silencio representa para todos los vecinos en forma colectiva, como grupo. iQue compa-

Modificaciones

Tenemos ahora los principios generales de una teoria parcial de responsa-bilidad personal. No aplicaremos esta teoria (al menos no en esta forma tan sim-ple) en cada ocasion donde los usos de la propiedad privada ester) en conilicto en formas no sujetas a explicitas decisiones politicas del pasado. iCuando debe-mos rechazarla? Al considerar el conflict° entre mi trompeta y su algebra, supu-se que la distribucion explicita de los bienes entre nosotros era equitativa, juz-gada desde la perspectiva de igualdad de recursos. Esto no necesariamente sig-nifica que (a pesar de que de hecho lo supuse) uno de nosotros sea mas rico que el otro. Usted podria ser mas rico que yo par razones totalmente coherentes con la igualdad de recursos entre nosotros. Yo pude haber gastado mas que us-ted en el pasado o elegido un trabajo donde me pagaran menos. Sin embargo, podria saber algo sobre usted que tornara imposible la suposicion de igualdad de recursos entre nosotros: podria saber, por ejemplo, que usted se encuentra discapacitado y no ha recibido ningtin tipo de recurso social a manera de com-pensacion. En ese caso, el principio de dario financier° comparativo, que hace que los derechos concretos planteen la pregunta de quien de nosotros pagaria mas por la oportunidad,

podria no ser apropiado porque podria no asegurar la distribucion entre nosotros que recomienda la igualdad de recursos en estas circunstancias. (18) Pero cuando mi accion no afecta a una persona o grupo co-nocidos sobre quienes puedo descubrir informacion de ese caracter, sino a gen-te desconocida sobre la que no puedo descubrir nada, daria por sentado que el costo comparativo proporciona la prueba correcta. Aun si creyera que los recur-sos han sido distribuidos en forma desigual, normalmente no tengo razOn para suponer nada acerca de la direcciOn de la desigualdad con respect° a las perso-nas en particular que se veran afectadas por mi accion.

Tambien supuse, de manera implicita, que era correct° considerar mi deci-sion todo-o-nada acerc,a de si aprovechar o no una oportunidad, en ausencia de una verdadera tomar. Sin embargo, un balance moral solo sera posible entre personas, como nor ejemplo vecinos, que tienen una relacinn **contimiay rohihida No pviste**... forma tolerable o sensata de mantener ese tipo de balance para las decisiones que tomamos cada uno de no sotros y que afectan a los demas en forma general, o a un extrafio solo una vez. Tenemos que basarnos en la hipotesis de que si to-dos consideran dichas decisiones como casos aislados, esto funcionara **a la lar**ga con bastante equidad para todos.

Nos acercamos a esta conclusion. Deberia seguir el principio **del dano** financier° comparativo cuando sepa que el hecho de asumir algtin derecho concreto estard en pugna con el ejercicio de los derechos abstractos de otras personas con quienes no tengo ninguna relaciOn en especial y de las que tampoco poseo oportunidad de negociacion, como una cuestion aislada. Si so-mos realmente vecinos, esta suposiciOn seria un error: yo deberia considerar una decision en particular como parte de una serie continua de decisiones que toma cada uno de nosotros y que estan relacionadas entre si. Podria ser menos importante para mi tocar la trompeta en cada ocasion de lo que a usted le intere-sa el silencio, menos importante quemar mis hojas de lo que a usted le interesa evitar el hu mo, y asi sucesivamente; sin embargo, si cada vez lo sometiera a su consideracion, el equilibrio se perderia. Si desperdicio una oportunidad una vez, porque para usted la perdida relativa seria mayor, esto tendria que figurar a mi favor en el balance moral en la siguiente decision que yo (o usted) tenga que

ninguna informacionrelevante. Mi ignorancia puede hacer que este principio sea mucho mas dificil de aplicar. Pues icomo decidire luego si aquellos que pueden verse afectados pagaran mas, ya sea en forma colectiva o individual, por la oportunidad de lo que pagaria yo? En un contexto comercial, como en el ejemplo del granjero y el tren, mis conocimientos basicos del mercado pueden proporcionar la information suficiente. Si dirijo una compafiia ferroviaria y se que los granjeros a lo largo de las vias sufriran en conjunto mas que Ia perdida en granos de una soma en particular en el mercado de valores, puedo suponer que pagarian dicha suma por la oportunidad de no sufrir esa perdida. En contextos no-comerciales, coma en los ejemplos de Ia contamination por ruido, puedo necesitar apoyarme en Ia idea de Ia persona "razonable" o "representative en el vecindario

afectado, sabre mi conocimiento general de cuanto le disgustaria a la gente, o se frustraria, par el dafio que les causara. Pero poseemos el conocimiento general suficiente como para hacer que el principio de dafio financiero comparativo funcione lo suficiente en la mayoria de estos casos.

A pesar de eso, debemos clasificar ese principio de una manera diferente y mas relevante. En algunas circunstancias, seria injusto medir la importancia de una perdida o un dart° solo preguntando si la victima pagaria mas por evitarlo que los otros, en conjunto, por hacer lo que amenaza causarlo. Para ver el por-que, debemos senalar alga mas acerca del esquema general de igualdad de recursos. Dije que supone que la igualdad es preservada y protegida a troves de transacciones mercantites, pero que esto esta sujeto a mod ificaciones. Tambien he dicho que la suposicion debe ser apta para hacer notar las diferencias de ta-lento. Tambien, para hacer notar los derechos individuales. Baja la igualdad de recursos, las personas poseen derechos que protegen los intereses fundamentales, incluyendo aquellos de que las personas racionales se aseguraran contra &nos yperjuicios, si el seguro estuviera al alcance de todos en terminos equitativos y eficientes desde el pu nto de vista economic°. Tambien tienen derechos que aseguran la independencia de cada persona contra los prejuicios y las aversiones de los demas que, si pudieran tener influencia sabre las transacciones comerciales, derrotarian en lugar de avanzar en el objetivo de que la distribu tion sea sensible a los verdaderos costos de las elecciones que realiza la gente. Ya he discutido largamente estos dos tipos de derechos, (19) pero aun esta breve description demuestra par que reconocer estos derechos desplazaria el modelo de simulation ***de*** mercado en algunos casos dramaticos. Supongan, por ejemplo, que la vida de mi hijo depende de una ruidosa ambulancia que moles ta a un gran ntimero de personas que en conjunto pagarian para no ser molesta das una sums superior al total de Tondos que poseo. 0 supongan que soy negro,

mis vecinos Hare en e no guemara las hoias en in; **patin** una suma superior a la que pagaria o podria pagar yo para quemarlas, solo porque odian tener que verme. Estos no son los tinicos tipos de ocasiones en las que la prueba del dafio financiero comparativo pareceria un metodo injusto para adjudicar derechos concretos; los cito solo para demostrar que la prueba tendria que ser verificada en una variedad de formas ademas de las consideradas hasta el momenta.

La elaboracion practica

Si ejercemos estas excepciones y mod ificaciones, nuestra teoria de la responsabilidad personal se tornara mas compleja. Pero nada de lo descubierto hasta el momenta sugiere que justificaria menos las disposiones sustantivas de la ley sobre accidentes que nuestros jueces han desarrollado que el argumento utilitarista. Aun si la elaboraciOn academica de to igualdad de recursos debe ser sensible, tat coma vimos, a la information concerniente a la

justicia de Ia distribucion de riqueza permanente entre el demandante y alguien que sabe que sus actividades le haran dafio o lo haran correr un riesgo, Ia elaboracion practica seria mucho menos sensible, caso par caso, a la informaciOn de ese tipo y entonces, podria incluir las distintas doctrinas acerca de la razonabilidad, la negligencia contribuyente y demas elementos pertenecientes a la ley de agravios que presentamos anteriormente. Un legislador que hate cumplir el recurs() ***de*** igualdad de la responsabilidad personal tendria una buena razOn, por ejemplo, para no alentar a la gente para que especule sabre si aquellos que pueden Ilegar a danar tienen una mayor o menor riqueza de la que justificaria la igualdad de recursos. Pensaria que la justicia en general estaria mas protegida al dejar la redistribucion a esquetnas legislativos menos caprichosos en su impacto. Tam-bier' tendria otras razones para Ilegar a esa conclusion: parece injusto que la compensation de una victima dependa de la riqueza relativa del demandante, por otra razon que no fu era la dificultad para una persona que quisiera asegurarse contra dafios y perjuicios sobre terminos sensatos. De modo que seria mejor que un legislador permitiera a las personas que basaran sus decisiones sabre riesgo y responsabilidad en la informacitin general sobre los guslos y preferencias de la persona "promedio" en lugar de exigirles que busquen is informacicin especial que una completa elaboracion academica de igualdad de recursos haria pertinente en ciertos casos en particular. Pero a pesar de que la elaboracion practica usaria normas "objetivas", tambien estaria alerta a circunstancias especiales donde el principio de dafio financiero comparativo ignoraria derechos o demostraria ser injusto. I nsistiria en que la responsabilidad para ciertos tipos de danos (amenazas a la vida, por ejemplo, y danos como consecuencia del prejuicio racial) no este sujeta a las pruebas financieras directas de ese principio.

Personas privadas y cuerpos ptiblicos

Tenemos buenas razones, entonces, provenientes de las ambiciones del de-

ese problema interpretativo, he estado suponiendo que el recurso de igualdad de la interpretacion. Una interpretacion de la ley sobre accidentes debe desplegar un esquema de responsabilidad personal y descubrimos que el argument° utilitarista no podia proporcionar una interpretacion razonable del argument° igualitario si: proporciona un esquema responsabilidad que atractivo en si mismo y tambien reconoce la dinamica interacciOn entre el derecho la virtud ptiblica y la responsabilidad privada que es una de las caracteristicas mas interesantes de una comunidad de principio.

El argument° utilitarista posee otra caracteristica importante para nuestro argumento general: limita el alcance de la simulacian de mercado, no solo en las distintas formas que hemos mencionado, sino tambien en forma institucional. El argument° utilitarista proporciona un ideal que, una vez aceptado, debe estar por encima de la legislacion y de la adjudicacion. Si una comunidad es Inas justa cada vez que es mas feliz, y las disposiciones legales que rigen la responsabilidad por accidentes o perjuicios coreribuyen mas a la felicidad en general cuando enriquecen mas a la comunidad al imitar mercados hipoteticos, que cuando se le pide al Parlament° que regule la velocidad a la que deben desplazarse los trenes cuando sus chispas ponen en peligro las cosechas, o cuando el gobiemo de la ciudad de Nueva York decide cuando deben ejecutarse instrumentos musicales en edificios de apartarnentos o vecindarios concurridos, deberia tratar de crear los derechos legales que habrian establecido, de ser posible, las transacciones comerciales. El argument° igualitario no tiene esa consecuencia porque la legislatnra, a diferencia de los ciudadanos privados, tiene obligaciones y oportunidades para mejorar la distribuciOn que su ley ha creado hasta el momento; posee responsabilidades que ellos no tienen, asi como medios y estrategias no abiertos para ellos.

De hecho, nuestro argument° sobre la interpretacion igualitaria comenzO con esa distinciOn. Supusimos que el gobierno tiene un deber general que los ciudadanos privados, coma individuos, poseen. El gobierno examina y altera constantemente sus reglas de propiedad, en forma radical si es necesario, para. acercarlas mas al ideal de tratar a las personas Com iguales bajo la mejor core cepcion. La simulacion de mercado, que supone la adecuacion del esquema ya en su lugar apropiado, seria un arma grotescamente circular y clan para ese proposito. De modo que nuestra explicaciOn, que comienza con una division de responsabilidad, niega que el principio economic° proporcione una prueba exclusiva para la legislacion en lo concerniente a las principales estructuras del sistema economic° o reglamentaciones mas detalladas de este.

Debemos tinalizar este estudio sobre la igualdad y la propiedad volviendo una vez mas a la distincion entre politica y principio, porque agrega otra dimenski n al contra ste entre respo nsabilid ad ptiblica y privad a que hemos estado analizando. Nuestro argument° principal supone que los ciudadanos privados deben considerar los conflictos entre derechos legales abstractos como cuestiones de principio acerca de los derechos concretos que posee cada una de las partes. Sin embargo, no por ello la legislatura debera tratar cada decision que tome al regular y distribuir la propiedad, o incluso sus estatutos acerca de perjuicios y negligencia, como cuestiones de principio en lugar de politica. Insisnmos en que el gobierno designa su sisterna de propiedad para tratar a todos como iguales bajo una cencepcion aprepiada; y ese es el fundament° para la interkin Igualitaria de esas ramas ***del*** derecho. Pero tal coma vimos en el Capitulo 6, el gobierno debe tratar ese requisito como si fuera una cuestian de politica, como si recomendara ***un*** objetivo colectivo general que respete la igualdad de interes tanto desde el punto ***de*** vista general corno estadistico, en *lugar* de suponer que cada estatuto o regle individuales, juzgados en forma aislada, deben darle a cada ciudadano algo que tiene derecho a tener. Claro que cada decision legislativa acerca de la propiedad debe respetar ciertos derechos politicos individuaies. (En el Capitulo 10 tendremos que considerar hasta que punto estos derechos politicos son derechos legales bajo Ia mejor interpretacicin de la Constitucion de los Estados Unidos.) Pero una legislatura puede perseguir el interes colectivo genera! a ewes de distintas rnedidas y tecnicas, cada una de **laS** cuaIes lo,gra una distribucien diferente para cada persona. ***Ningtin*** ciudadano tiene derecho a que se elija ***un*** programa en lugar de otro porque lo beneficie mas. La eleccion es una cuestion de politica mas que de principio.

Un legislador no tiene necesidad de realizar elecciones politicas que produzcan esta distribucion de derechos y oportunidades que habria sido negociada por las partes afectadas. Uri legislador puede pensar, por ejemplo, que la mejor solucion al problerna de los trenes que queman las cosechas debe **Ser** sensible al transporte nacional y las politicas de la agricultura o aun a la defensa naclonal y al equilibrio de pagos o la moneda extra njera. Puede considerar **Sti** decision acerca de ***la*** contaminacion por ruido como un aspect° de politicos mas generales sobre el uso ***de*** la tierra y la pIanificacion, o Indus° como un aspecto de apoyo a la musica o a las artes. Sus decisiones no necesitan ser todo-o-nada en Ia forma en ***que*** las circunstancias practicas fuerzan las decisiones todo-o-nada en ciudadanos que acttian por si mismos. La legislacion brinda la oportunidad de desarrollar un complejo esquema de regulacion cuya eficacia depende de una estrategia general. Puede regular la velocidad de los trenes de manera diferente en distintas partes del pais, en respuesta a las miles de variaciones complejas del transporte y el uso y necesidad agricola, por ejemplo, o puede dividir las ciudades en zonas donde se trata el ruido de moclos distintos, siempre y cuando las divisiones no sean arbitrarias y no encubran discriminaciones ilegitimas que violarian los derechos individuales.

Sin embargo, *una* vez que la legislatura ha hecho su eleccion, los individuos tienen derechos legales con respecto a lo que les fue asignado, y bajo el derecho como integridad, estos derechos no salo se extienden a las distribuciones explicitas sino a la extension basada en principios en casos no decididos en forma expresa. En este capitulo, hemos estudiado el fundament° adecuado de dicha extension para ciertos casos. Ahora, puedo volver a formular mi tesis de la siguiente forma. Cuando ciudadanos privados encuentran conflictos entre sus derechos consuetudinarios abstractos ***de*** propiedad (cliferentes de sus derechos bajo ciertos estatutos reguladores en particular que encarnan politicas discretas corno las que he imaginado) deben adjudicar estos conllictos reimplanland° ***en*** *el* principio basica el esquema general que debe respetar, que es el principio de que debe tratarlos como igliales. Deben preontarse que concepciOn se in terpreta que expresa ***el*** esquema en general, y asumir la extension de derechos concretos que, de las elecciones que les queden en las circunstancias, sirva mejor a dicha conceecion. Para poder ilustrar el caracter y complejidad de

9 Estatutos

Un dia, el caso de la perca *snail darter* liega ante Ia corte de Hercules. Debe decidir si el Acta de las Especies en Peligro otorga al secretario del interior el poder para detener un proyecto vasto y casi terminado del potter federal para salvar un pez pequeno y nada interesante desde el punto de vista ecologic°, de modo que en primer lugar, debe decidir como interpretar estatutos cuyo significado es incierto. Mi argumento es complejo, y de inmediato les dire canto ter-mina. Hercules utilizara las mismas tecnicas de interpretacion para los estatutos que utiliza para decidir casos de derecho consuetudinario, las tecnicas que estudiamos en los tiltimos dos capitulos. Considerara al Congreso como un au-tor anterior en Ia cadena del derecho, aunque un autor con poderes y responsabilidades especiales diferentes de las suyas, y considerara que su propio rol es fundamentalrnente creativo, como el de un socio que debe seguir desarrollando, de la mejor manera posible, el plan estatutario comenzado por el Congreso. Se preguntara que interpretaciOn del Acta (permitir o no at secretario detener un proyecto casi terminado) muestra Ia historia politica que incluye y rodea el estatuto, bajo una mejor perspectiva. Su opinion de como deberia ser interpretado dependera de to que dijeron algunos congresales at discutirlo. Pero tambien dependera de la mejor respuesta a las preguntas politicas: hasta que punto debe el Congreso trasladar a la opinion ptiblica este tipo de cuestiones, por ejemplo, y si seria absurdo como cuestion politica proteger una especie menor a un cos-to tan grande de fondos. (1) Por supuesto que al responder a estas preguntas debera basarse en su propio juicio, no porque crea que sus opiniones scan auto-maticamente correctas, sino porque nadie puede responder adecuadamente cualquier pregunta si no confia, en to mas profundo de su ser, en lo que cree.

Sin embargo, antes de desarrollar la descripcion general de como los jueces deberian interpretar estatutos bajo el derecho como integridad, debo considerar una objecion importante a este, y Ia discusion que provoca esta objecion nos mantendra ocu pad os durante unas cuantas pkinas. El metodo Hercules ignora el importante principio, firmemente asentado en nuestra practica legal, de que los estatutos no deberian interpretarse segtin aquello que los jueces creen los haria mejor, sino segtin aquello que los legisladores que los adoptaron quisieron decir en realidad. Supongan que Hercules decide, despues de tomar en cuenta todo lo que su metodo interpretativo recomienda, que el acta es una me-

jor pieta legislativa si no se interpreta que le otorga al secretario cl pode;r o d n e ar d ort e-
rproyectos
a sanc

pudieron haber querido conferirle al secretario exactamente ese poder. En es-Las nuestra practica legal, apoyada por principios democraticos, insiste en que Hercules se someta a su intencion y no a su propio punto de vista diferente.

Es cierto que en la practica legal norteamericana, los jueces se refieren en forma constante a las distintas declaraciones que realizan los congresales y otros legisladores, ya sea *en* los informes de comite o en los debates formales, acerca del propOsito de un acta. Los jueces sostienen que estas declaraciones, consideradas en conjunto, conforman Ia historia legislativa del acts, que ellos deben respetar. Sin embargo, podriamos tener una vision diferente de esta practica de deferir a la historia legislativa. Una es is vision de Hercules. Este considera las distintas declaraciones que con forma n la historia legislativa como actos politicos a los que su interpretation del estatuto debe adaptarse y explicar el text° del estatuto en si. La otra es la perspectiva presupuesta por la objecion que acabo de describir. No considera estas declaraciones como hechos importantes en si, sino como evidencia de estados mentales de aquellos legisladores que las hicieron, las considera representativas de los estados mentales de la mayoria de los legisladores cuyos votos crearon el estatuto.

A esta perspectiva is denominare del "significado del orador" porque supone que la legislaciOn es una ocasion o instancia de comunicacion y que los jueces miran la historia legislativa cuando no es claro descubrir en un estatuto *rye* estado mental

trataban los legisladores de comunicar a traves de sus votos. Su-pone, en pocas palabras, que is interpretation correcta de un estatuto debe *ser* aquello que en el Capitulo 2 denomine interpretaciOn de conversation en lugar de constructiva. El modelo principal de esta teoria es el del lenguaje ordinario. Cuando un amigo dice una cosa, podemos preguntar: "eQtie quiso decir con esor y pensar que nuestra respuesta a esa pregunta describe algo de su estado mental al hablar, una idea que queria comunicarnos al hablar como lo hizo. Wittgenstein y otros filOsofos nos advierten contra un terrible malentendido de este cuadro. Tener una idea y elegir las palabras para representar dicha idea no son dos actividades separadas. Tampoco las personas pueden expresar lo que quieren con las palabras que utilizan, de modo que la pregunta: *"zQue* quiso decir con esas palabras?" no es solo una pregunta acerca de lo que tenia en mente al hablar. Sin embargo, este cuadro sirve como una cruda description de como concebimos el problema de comprender a alguien que ha hablado en forma ambigua, y la teoria del significado del orador propone que utilicemos este mismo cuadro para una legislacion ambigua o poco clara.

Si una persona acepta el punto *de* vista del significado del orador, su teoria sobre coma interpretar estatutos tendra una estructura particular. Presentarit sus conclusiones como declaraciones acerca de la intencion del estatuto en si. tEl proposito o la intencion del Acta de las Especies en Peligro es otorgar un cierto poder al secretario? Pero el considera la intencion del estatuto como una construction tearica, una declaration resumida de las intenciones discretas de algunas personas de verdad, pues solo estas pueden tener intenciones de conversacion del tipo que tiene en mente. De modo que su teoria sabre estatutos debe responder el siguiente grupo de preguntas. Que personas histOricas

cuentan como legisladores? zCOmo se descubriran sus intenciones? 4Cuando estos-inteisc-ioaes--4ifier-on-u-nos-de otras, como se combirtarfift-errk-ift· terteien-· institucional compuesta en general? Mas aun, sus respuestas deben establecer el momenta exacta en que fue hecho el estatuto y cuando ad quirk) el significado que ha tenido desde entonces.

La perspectiva de Hercules no necesita dicha estructura. Comprende la idea de la intencion a propOsito de un estatuto, no como una combination de los propositos a intenciones de ciertos legisladores en particular, sino como el resultado de la integridad, de asumir una actitud interpretativa con respect° a los sucesos politicos que incluyen la sanciOn del estatuto. Toma nota de las declaraciones hechas par los legisladores en el proceso de aprobacion y sancion, pero las considera sucesos politicos importantes en si mismos, no como evidencia de un estado mental detris de ellas. De modo que no tiene necesidad de puntos de vista precisos sabre que estados mentales de los legisladores se cuestionan, cuales son estos estados mentales, o corm deberia combinarlos en un estado super-mental deI estatuto o Ia institution en si. Tampoco supone un momenta canonic° del discurso hacia el cual se incline su estudio; la historia que interpreta comienza antes de que se sancione un estatuto y continua hasta el momenta en que debe decidir lo que ahora declara.

Los metodos de Hercules proporcionan una mejor interpretation de la practica judicial actual que la teoria del significado del orador. Los defectos de esta Ultima solo pueden remediarse al it transformandola, en etapas, al metodo de Hercules. Las ties preguntas cruciales que acabo de formular, que deben ser respondidas para poder poner en practica la teoria *del* significado del orador, no pueden confestarse sondeando el modelo base de comunicacion o *ex*plorando las relaciones internas entre intencion y legislacion concebidas como una forma de lenguaje. Deben responderse en teoria politica, asumiendo distintos puntos de vista con respect° a las cuesfiones polemicas de moralidad politica. Entonces, la teoria del significado del orador no puede validar sus supuestos reclamos de moralidad politica, su ambicion de separar las convicciones personales de un juez de la forma en que lee un estatuto. Las respuestas mas razonables a las preguntas cruciales nos alejan de Ia teoria del significado del orador y nos acercan a una perspectiva diferente, una cuyo objetivo es hacer cumplir las convicciones politicas mas abstractas y generales a partir de las cuales actuan los legisladores en lugar de las expectativas u opiniones politicas mas detalla-das que tienen en mente al votar. Sin embargo, esta idea diferente no es mas que una forma inestable y mal redactada del propio metodo de Hercules, ante el cual se derrumba.

El significado del orador

Hermes

Tratare estas declaraciones en una forma bastante detallada, no solo porque la teoria del significado del orador sea tan popular sino porque el argumento que expone sus defectos proporciona distinciones que necesitaretnos cuan-

do consideremos el propio metodo de Hercules de una manera mss directs.

ameyajuez_liermes, que

les e igual de paciente, que acepta el derechn como integridad aunque tambien la teoria de legislaciOn del significado del orador. Cree que la legislaciOn es comunicaciOn, que debe aplicar estatutos al descubrir el deseo comunicativo de los legisladores, que es, por ejemplo, lo que trataban de decir cuando votaron el Acta de las Especies en Peligro. Como Hermes es cohibido en todo lo que hare, hara una pausa para reflexionar sobre cada una de las elecciones que deba hacer para poder poner en practica la teoria del significado del orador.

Desde el principio es consciente de una dificultad en dicha teoria. Es bastante dificil descubrir las intenciones de amigos, colegas, adversarios y amantes. iCOmo espera descubrir las intenciones de personas extranas en el pasado, que pueden estar muertas en el presente? COmo puede estar seguro de que habia alguna intencion titil que descubrir? Los gobernantes neoyorquinos que adoptaron la ley sobre testamentos tal vez nu nca previeron el caso del heredero asesino; quiza, muchos senadores y congresistas jamas co ntemplaron el problema de los pececitos y terminaron casi por completo los diques. Sin embargo, Hermes comienza asumiendo una actitud practica con respecto a estas dificultades probatorias. Acepta que debe esforzarse por descubrir las actitudes mentales que yacen detras de la legislacion en lugar de los estados mentales de las personas que encuentra en los bares, que a veces debe aceptar juicios de probabilidad especulativa y no de certeza practica y que, en algunos casos, debe admitir que no posee ninguna evidencia titil de un estado mental pertinente y estar por lo tanto preparado para fallar un caso en particular en uno u otro sentido. No insistire en esta dificultad probatoria. Es el menor de los problemas a los que debe enfrentarse Hermes.

eQuibies son los autores de un *estatuto?*

Antes de buscar evidencias de ideas del pasado debe decidir de quienes eran estas ideas. Los estados mentales de que personas cuentan al fijar la in-tendon detras del Acta de las Especies en Peligro? iCada uno de los miembros del Congreso que la sancionO, inciuyendo aquellos que votaron en contra? etas ideas de algunos, por ejemplo, las de aquellos que hablaron o hablaban mss a menudo en los debates, son mss importantes que las de otros? Qt.te sucede con los funcionarios ejecutivos y asistentes que prepararon los borradores iniciales? iQue pasa con el presidente que firma el proyecto de ley y lo hizo ley? zSus intenciones no deben contar mss *que* las de cualquier senador? iQue hay de los ciudadanos particulares que escribieron cartas a sus congresistas o que prometieron o amenazaron con votar a favor o en contra de ellos, o con hacer contribuciones para las campafias, dependiendo de la forma en que ellos votaran? zY que sucede con las camarillas o los grupos de accion que jugaron el rol que ahora se considera normal? Cualquier perspectiva realista del proceso legislativo incluye la influencia de estos grupos; si estos contribuyeron en la formaciOn del derecho estatutario, tiene Hermes una buena razon como para no tomar en cuenta sus intenciones al determinar que leyes hicieron?

Existe otra complicaciOn. Un estatuto no solo debe su existencia a la

decisiOn tomada por las personas para sancionarlo sino tambien a la decision de

otras personas para luego no enmendarlo o revocarlo. Claro que el termino decisiOn puede ser dernasiadn **fuprte para descrihir las** actitudes negativas

que — permiten que sobreviva la mayoria de los estatutos, a veces mucho despues de

su utilidad. Sobreviven por desatenciOn mss que por cualquier decisi6n colectiva consciente. Pero aun la desatenciOn puede reflejar un entendimiento (Armin acerca del objetivo y las consecuencias detalladas de un estatuto que es diferente de la comprension que tenian los legisladores que lo sancionaron en primer lugar; en los casos mss dramaticos, cuando hay personas que han hecho campanas para su enmienda o reprobaciOn, la decision para permitir su continuidad puede ser mss activa y explicita. iDebe Hermes considerar las intenciones de los distintos legisladores que podrian haber reprobado el estatuto durante el curso de los afios y las decadas y que sin embargo no lo hicieron?

Estas no son preguntas academicas. Hermes tiene que responderlas antes de poner en practica la teoria del significado del orador. No puede hallar respuestas preguntandose en que forma las responderian aquellos cuyas intenciones son valederas. No tiene otra option que hacer frente a dichas pregu ntas con el siguiente espiritu. Tiene opiniones formadas acerca de la influencia que las actitudes, creencias y ambiciones de ciertos grupos de funcionarios y ciudadanos en particular pueden tener en el proceso legislativo. Vera que la serie de elecciones que podria hacer acerca de las intenciones que cuentan para calcular la intencion legislativa, si es aceptada por los jueces, acerca dicho proceso a su ideal y que otra lo aleja. Dado que la teoria del significado del orador no decide en si cuales son las intenciones que cuentan, seria petulante que Hermes eligiera cualquier respuesta del segundo grupo y por encima del primero. (2)

De modo que su juicio sobre cuales son las ideas que tienen peso sera sensible a su opinion acerca de si los legisladores representativos deben dejarse guiar per sus propias opiniones y convicciones y sobre una cuestion mss moderna y es saber si las camarillas, los convenios de ayuda mutua entre politicos y los comites de accion politica constituyen una corrupciOn del proceso democratico para hacer dicho proceso mss eficiente y efectivo. Sus juicios tambien serail sensibles a sus convicciones sobre la importancia relativa de la equidad, tal como el la concibe, y la certeza en la legislacion. l'odria elegir una descripcion mss limitada sobre cuales son las intenciones que cuentan (eliminando, por ejemplo, las camarillas contemporineas y los legisladores que mss tarde podrian haber reprobado el estatuto pero que sin embargo no lo hicieron) no porque crea mss justo un proceso legislativo que ignore la presion del public° o sea insensible al cambio sino porque una descripciOn mss amplia haria que la idea de la intencion legislativa fuera demasiado vaga o amorfa como para ser de utilidad en la aclaraciOn de la legislacicin ambigua.

iComo se combinan?

Supongan que Hermes decide por fin que solo las intenciones de los verdaderos congresistas que votaron a favor del estatuto cuando fue adoptado son las que deben tenerse en cuenta y que las intenciones de todos ellos deben tener el mismo valor. Ahora supongan que descubre que las intenciones pertinentes diferian incluso dentro de este grupo selecto. Un grupo de congresistas propuso que el secretario tuviera el poder de detener cualquier tipo de proyecto, otro

que tuviera el poder de enervar u n proyecto si dicha decisiOn no era totalmente

..._wrazonab _sabre Am proyecto Ge------ansuatatra-ea-la-misma-posicien que *un* oradoc-ordin,afica-Lasper-senas-Epre-ka----
menzado antes de que designara una especie amenazada por dicho proyecto. La teoria del significado del orador requiere que Hermes combine las distintas opiniones en alguna intencion grupal mixta. Debe utilizar un enfoque de "intencion de la mayoria" de modo que Ia intention institutional sea aquella del grupo, si es que hay uno, que hubiese sido lo suficientemente grande como para aprobar el estatuto si solo ese grupo hubiera votado a su favor? (3) 60 un esquema de intencion "par mayoria", de modo tal que la opinion del mayor de estos tres grupos contara como la opinion de la legislatura aun si los otros dos grupos juntos fuesen alas? 60 un enfoque de "intencion representativa" que supone un promedio mitico o un legislador representativocuya opinion se acerque mss a aquella de la mayoria de los legisladores, a pesar de no ser igual a ninguna de ellas? En caso de elegir esta tiltima, 6como debe construirse este legislador de promedio mitico? Existen muchas otras maneras posibles de combinar las intenciones individuates en una intention grupal o institucionaL6Como hate Hermes para elegir una?

Debe basarse, una vez mas, en su propio juicio politico. Supongan que cree que como una cuestion de salidos principios de la teoria democratica no debe hacerse ningtin cambia en *elstatu Quo* de los derechos legales de las personas a menos que una mayoria de legisladores propusiera dicho cambio. Esa opinion lo Ilevaria hacia la teoria de la intenciOn de la mayoria. Pero imaginen que, por el contrario, piensa que los derechos legales de las personas deberian estar lo mss cerca posible *de* aquellos considerados apropiados para una mayoria de legisladores. Esto lo Ilevaria al enfoque de la intention representativa por lomenos como oposicion al enfoque de Ia intention de la mayoria, porque entonces preferira que las personas se encontraran en la posiciOn que contempla la intenciOn representativa, a pesar de haber sido la intention de menos que una mayoria, a que permanezcan en un *statu Quo* que nadie propuso.

Que estado mental? Esperanzas y expectativas

Imaginen, en cambio, que el pro blema de combinar intenciones se resuelve de esta manera. Hermes sabe de alguna manera que cada uno de los miembros de la mayoria que voto a favor del Ada de las Especies en Peligro tenia exactamente las mismas opiniones, de modo que si descubre las intenciones de uno de ellos (par ejemplo, las del senador Smith) ha descubierto las intenciones de todos. Imaginen tambien que Smith nu nca expres6 sus opiniones de una manera formal, en debates legislativos o en los informes del comite por ejemplo, pero que Hermes tiene otra forma de descubrir cuales eran. Ahora, debe hacer frente a Ia cuestion mss dificil. La vida mental de Smith es compleja; 6cual de sus creencias, attitudes u otros estados mentales con stituyen su "intention"? Investigamos la cuestion de la intencion en el Capitulo 2; dije que en algunas contextos las intenciones no se limitan a los estados mentales conscientes. Sin embargo, la teoria del significado del orador une la intencion al cuadro de los legisiadares que tratan de comunicar una cosa en particular y por lo tanto, apunta a descubrir que pudo haber tenido en mente un legislador at expresarse a Imes de su voto.

Sin embargo, en un aspecto el legislador ordinario (el diputado novel) no se blan entre si tal como lo hacen en forma habitual pueden elegir sus palabras y asi elegir aquellas que esperan surtan el efecto que desean. Esperan ser comprendidas en la forma que desean. Pero algunas personas no son duenas de sus propias palabras: un rehen que hace una Hamada mientras lo estan apuntando con un arma puede esperar no ser comprendido en la forma que desea. 0 alguien que firma una carta grupal que no puede reescribir para el grupo, o el autor de dicha carta que la redacta de forma tal que atraiga la mayor cantidad de firmas posibles. Los legisladores se hallan muchas veces en esa posicion. Un congresista que haya votado a favor del Acta de las Especies en Peligro puede haber lamentado que esta no incluyera una clausula que especificara que el secretario no podria interrumpir proyectos costosos una vez comenzados, a pesar de no haber tenido el poder o el tiempo de hacer que se incluyera dicha clausula. En ese caso, puede esperar que se interprete el acta tal como teme, aunque espera que eso no suceda. Por lo tanto, no es como alguien que elige comunicar una idea o un deseo. Ocupa una posici6n intermedia entre el orador y el oyente. Debe decidir que ideas podria llegar a interpretarse que expresan las palabras que figuran en el papel que tiene delante de si y luego decidir si quiere que ese mensaje Ilegue at public° y sus funcionarios, incluyendo los jueces, con la finica alternativa posible de no enviar ningtin mensaje. Ese cambia tie rol es importante pues trata el documento como si fuera el autor del mensaje que esta de acuerdo en enviar.

Hermes piensa que debe decidir si la intention pertinente de on congresisto es una cuestion de los deseos de este o sus expectativas cuando estos deseos se destruyen. Supongan que Smith se dio cuenta de que el Acta de las Especies en Peligro, tal como estaba redactada, podria ilegar a ser interpretada como que otorga al secretario el poder de detener proyectos casi concluidos, aunque espera que no suceda asi, pero teme que asi sera. (Supongamos que no sugirio una enmienda porque no sabia cuantas otras personas co mpartian su opinion, o porque temia que se hicieran otras enmiendas si hacia la suya, o porque no creia que esa cuestion valiera el retraso.) Por un momenta, a Hermes podria tentarlo la idea de que en estas circunstanciastendria queconsiderarse que las intenciones de Smith con¯esponden mss a sus esperanzas que a sus expectativas. Hermes podria pensar que, despues de todo, Ia legislation deberia expresar la voluntad de la mayoria de legisladores, y Ia voluntad es mss una cuestion de esperanza que de prediction. Pero sabe que las esperanzas de los congresistas a menudo no les dan credito_ Smith pudo haber votado a favor del Acta de las Especies en Peligro porque temia la oposicion de Ia Camara conservadora en las proximas elecciones, o porque sabia *que* sus electores querian que votara de esa manera. Si las razones eran estas, pudo haber esperado que el acta fuese interpretada con la mayor precision posible porque creia que era algo tonto o porque el acta significaba malas noticias para las corporaciones que controlaban sus amistades. De modo que Hermes podria verse inclinado hacia la posicion aparentemente opuesta, de considerar que las intenciones de Smith son una cuestion de como espera que se entienda el estatuto. Despues de todo, si vota a favor de on estatuto del coal espera que tenga consecuencias particulares, entonces ha aceptado dichas consecuencias, aun cuando podria lamentarias, como pane de

ri•de inten n legislativa construida sabre predirrinnec prere **pram,** ri7ar que una mayoria de legisladores habra consentido en aprobar el estatuto tal como fue sancionado. Sin embargo, el entusiasmo de Hermes para la solucien de la expectativa no durara macho, porque asi como las esperanzas de un legislador pueden reflejar ambiciones egoistas que no tienen lugar en ninguna teoria aceptable de interpretaciOn legislativa, sus expectativas pueden basarse sobre predicciones que tampoco tienen lugar en dicha teoria. Smith puede esperar que el Acta de las Especies en Peligro sea interpretada con precision kilo porque cree, tenga o no razon, que el primer caso que aplique el acts caera ante jueces anticonservacionistas. En cualquier caso, la solution de la expectativa seria paradojica si fuera aceptada en forma general. Si se entiende que los jueces aplicaran un estatuto no muy clam en la forma que los congresistas predican que se hart como un hecho psicologico, un juez debera entonces decidir aguello que Smith predijo que haria, lo que significa aquello que Smith predijo que el pensaria que Smith habia predicho lo que el haria, y asi sucesivamente en forma indefinida. Esto es mas bien un acertijo para una teoria sobre juegos y no una tecnica 6111 para entender los estatutos. Los legisladores solo pueden predecir la forma en que los jueces interpretaran sus estatutos si creen que los jueces utilizan un metodo de interpretacion independienie de las predicciones de los legisladores. (4)

Ahora Hermes se halla en dificultades. Comenze aceptando que deberia decidirse por Ia intencion legislativa al descubrir, combinar y poner en vigor los estados mentales de ciertas personas en particular en el pasado. Pero no puede identific.ar estas estados mentales como esperanzas o expectativas de estas personas cuando las esperanzas y las expectativas son diferentes.Tampoco (tal como lo vera ahora) cuando concuerdan porque los distintos argumentos que lo lievaron a rechazar la teen ica de las esperanzas o la de las expectativas, se sostienen con Ia misma firmeza contra las dos combinadas. Smith podria Ilegar a esperar que se interprele el estatuto con sumo precision, porque esto beneficiaria a sus amistades de las corporaciones y a sus contribuyentes, y predecir que sucedera porque cree que los primeros casos seran decididos por jueces anticonservacionistas. Parece incorrecto considerar que sus opiniones son decisivas aun cuando combinan sus esperanzas y predicciones en esa forma. Hermes pronto hallara una solution para este dilema aparente en una idea nueva: que Ia teoria sobre el sign ificado del orador para la interpretation de estatutos requiere que se considere que las intenciones de Smith se basan en sus *convicciones,* es decir, sus creencias acerca de aquello que requiere la justicia o una politica firme, lo que, por supuesto, puede ser diferente de sus esperanzas o expectativas. Cuando Hermes llegue a esta conclusion desarrollara un metodo diferente para interpretar estatutos de los que han sido considerados pasta el momenta.

Estadas mentales eantrafacticas

Sin embargo, quiero suponer que aun no ha tenido esta idea y sigue luchando con las esperanzas y expectativas. Hasta el moinento ha hecho la irrazonable suposiciOn de que Smith tenia en real idad una esperanza pertinente o habia hecho algtin tipo de prediccIOn al etnitir su voto. Se da cuenta de que esto puede terminar, d ' , on a favor del estatuto--- de testamentos no pensaron en Los asesinos como Elmer. 4Como podra entonces Hermes calcular cuales eran sus intenciones? Muchos abogados sostienen que en estas circunstancias los jueces deberian formular una pregunta *eontragzetica* de este tipo: habria sido la intencion de Smith si hubiese pensado en el problema? La mejor respuesta a una pregunta contrafactica es que tat respuesta no existe. Si Smith no penso jamas en la variedad de perca denominada *snail darter,* podria no ser ni verdadero ni falso el hecho de que habria querido que esa variedad se salvara si hubiese pensado en do. (5) Sin embargo, a %Tees las preguntas contrafacticas tienen buenas respuestas. Podemos irnaginar con facilidad cualquier evidencia de que si hubiese pensado en el problema habria querido salvar al pez o, per el contrario, que se terminara y abriera el dique. 0 evidencia de que habria esperado que las cortes protegieran ese pez o, por el contrario, esperado que permitieran abrir el dique. Pero como Hermes ya ha decidido que la intencion de Smith no es cuestion de sus verdaderas esperanzas o expectativas, tampoco pensara que es una cuestion de sus esperanzas o expectativas falsas. Por lo tanto, puede verse tentado a interpretar la pregunta contrafactica pertinente de la siguiente manera: si se ha introducido una enmienda, que especifica que el secretario no tenia el poder de detener el dique de la AVT (Agenda del Valle *de* Tennessee) una vez que el dique estaba casi terminado, eSmith habria votado a favor o en contra de dicha enmienda? Despues de todo, fue un lamentable accidente que ningu no hubiese pensado en el problema e introducido dicha enmienda, y parece sensato preguntar que habria sucedido si no hubiera ocurrido ese accidente.

Pero Smith podria haber votado a favor o en contra de dicha enmienda por distintas razones: porque estaba ansioso por retrasar un receso del Congreso, por ejemplo, o no queria antagonizar con su patrocinador porque necesitaba su ayuda en otras cuestiones, o porque un fu ncionario de la AVT to estaba extorsionando. Parece extraiio permitir que la aplicacion de un estatuto dependa de su voto contrafactico por cualquiera de estas razones. Existe una dificultad mas importante: como habria votado podria depender de cuando y en que circunstancias fue introducida Ia enmienda y tambien de como estaba redactada. Podria haber votado a favor si hubiera sido presenlada en el proceso legislativo, pero no al final porque entonces no habria querido demorar la aprobacion del proyecto. 0 habria votado a favor a pesar de sus reservas si hubiese sido presentado como un conjunto de enmiendas que contenia otras que Smith deseaba. Hermes debe entonces formular una pregunta contrafactica mas precisa: debe decir con gran claridad que fue accidental que no se hubiera introducido ninguna enmienda; y debe declarar que enmienda supone que se habria introducido de no haber sido por el accidente. Esa pregunta no posee una respuesta razonable. Seria arbitrario suponer, par ejemplo, que de haberse conocido el problema se habria agregado una enmienda antes de la votaciOn final. ¸Debe decir entonces que la intencion de Smith incluia un punt° de vista particular sobreesa variedad de perca solo si hubiera votado a favor de una enmienda a dicho efecto sin importar cuando ni bajo que circunstancias fue ofrecida? Esto es demasiado estricto: ninguna prevision pasaria esta prueba. De hecho, seria incluso demasiado fuerte decir que los legisladores de Nueva York habrian aprobado una enmien-

Sin embargo, esta idea de Hermes origina nuevos problemas. Las convicciones politicas de Smith, a pesar de lo primitivas o incompletas que puedan ser, no son solo una lista de creencias y actitudes al azar. Posee una variedad de opiniones sobre lo que es junto y lo que es injusto, inteligente o tonto, a favor o en contra del interes nacional o colectivo, pero tambien piensa que tienen una estructura jerarquica: considera algunas mas basicas o fundamentales que otras, y algunas dependientes de otras, o apoyandolas, o ambas cocas. A menos que sea un moralista herculeano, estas distintas opiniones no seran totalmente coherentes. 0 (masrelacionado con este tema) no pareceran perfectamente coherentes para alguien que desee, al igual que Hermes, basar en ellas la estructura simple, coherence y justificadora que requiere la integridad. Sus opiniones acerca de la politica de conservation podrian parecerle en profundo conflicto con sus opiniones acerca de hasta que punto resulta junto y razonable que el gobierno imponga nor mas esteticas a nivel nacional, tal como lo expresan sus declaraciones o votos sobre la ley urbanistica ode viviendas. 0 con sus convicciones, ref lejadas en declaraciones o votos sobre el gobierno local o la politica impositiva, acerca de hasta que punto debe sacrific,arse el interes economico de una discreta localidad a los gustos de una mayoria nacional, cuya mayor parte no sufrira perdidas financieras comparables. 0 con sus opiniones acerca de la equidad

politica, sobre hasta que punto se perinite. que el gobierno lidere en lugar de se. gpir la opininn national al tijar **un**

blico, tal como lo sugieren sus opiniones y votos sobre subsidios nacionales pa-ra las artes, por ejemplo.

Ninguno *de* estos conflictos potenciales preocupo a Hermes cuando consi-der6 tratar las distintas opiniones de Smith como sus esperanzas o expectativas o cuando se pregunto canto habria votado en caso de haber surgido la cuestion del *snail darter.* Sus razones iniciales para considerar importante si **Smith hu-**biera votado a favor de una enmienda en particular de haber sido presentada no se habrian debilitado si ese voto contrafactico no hubiese estado relacionado con otros votos. Sin embargo, el nuevo enfoque de Hermes sobre las conviccio-nes es diferente. Ahora cree que deberian interpretarse los estatutos como pro-moviendo los objetivos de una comunidad de principio, es decir, que deberian interpretarse como la expresiOn de un esquema coherente de convicciOn domi-nante dentro de la legislatura que los sancione. Esta suponiendo que las opinio-nes de Smith son representativas de las opiniones de sus colegas; si sospecha que algunas de sus opiniones concretas estan en conflict° con, y son condena-das por sus convicciones polfticas mas generales y fundamentales, debe pre-guntar cual de las interpretaciones del estatuto se adaptaria mejor a todas sus convicciones consideradas en conjunto, como un sistema de ideas estructura-do, coherente hasta donde sea posible.

Esta es una conclusion importante porque, tal como lo veremos a continua-cion, conducira a Hermes directamente hacia los metodos interpretativos de Hercules para interpretar un estatuto, aquellos metodos que Hermes comenze Dor rechazar. Sin embargo, deberiamos detenernos un moment° para sefialar un error logic° que podria tentar a cualquiera a negar su importancia: me refie-ro al error de pensar que las distintas convicciones de Smith nunca pueden es-tar en conflict° entre si. Comienzo por describir una forma imperfecta de este error que nadie estaria tentado a cometer. Supongan que Smith cree, tal como acabamos de imaginar, que la conservacion de especies es una cuestion de tal importancia que la nacion debe hacer un gran sacrificio por alcanzar este prop& sito. Ha pensado acerca del caso del *snail darter* y cree que la represa de la AVT debe terminarse y ponerse en funcionamiento. Es obvio que ha cometido un error de hecho: pudo no haberse dado cuenta de que, por ejemplo, la represa eliminaria los tinicoslechos de esa especie de pez. Una vez que sabemos que ha cometido ese tipo de en-or, creemos correct° afirmar que su conviccion concre-ta, de que deberia abrirse la represa, esti en conflict° con su otra conviccion mas abstracta, de que las especies deberian ser saivadas sin importar el costo. Consideren ahora esta absurda objecien a esa conclusion. "Las opiniones de Smith no estan en conilicto porque su primera convicciOn no condena todos los actos que en realidad

ponen en peligro las especies sino solo aquellos que *cree* que lo hacen. De modo que a pesar de haberse equivocado sabre el impacto de la represa en el *snail darter,* no es culpable de ninguna contradiccion, y Hermes apoya sus convicciones al permitir que se abra la represa." Lo absurdo yace en la vision que esta objecion tiene del contenido de una conviccion. Podemos de-cir que Smith *sabe* que se opone a actos que cree ponen peligro las especies; nos referimos a que estos son los tinicos actos que Smith *reconoce* que sus con-vicciones condenan. Sin embargo, es erroneo considerar su conviccion (el

significado que tiene para Smith) como aquella de que solo los actos que cree amenazan_las_especies-egtan-etteiveetttles-7-Para-que ego sea-considerado conviccion de una persona, esta debe reconocer que aquello que surge de ella depende de lo que en realidad es verdad, y no de aquello que cree que constitu-ye la verdad.

El contraste entre conocimiento y convicciOn es crucial. Comparen el si-guiente par de argumentos. a) Edipo mato al hombre que encontro en la encru-cijada. El hombre que encontro en la encrucijada era su padre. De modo que Edipo mat6 a su padre. b) Edipo sabia que estaba matando al hombre que en-contr.° en la encrucijada. El hombre que encontrO en la encrucijada era su pa-dre. De modo que Edipo sabia que estaba matando a su padre. El primer *argu-***mento** es valido, pero el segundo no, porque no podemos sustituir diferentes descripciones, a pesar de que se refieren a lo misnm, en proposiciones que des-criben aquello que alguien penso o sabia en lugar de aquello que hizo. (Los filo-solos los denominan contextos de pensamiento o conocimiento "opacos" en lu-*gar* de contextos "transparentes".) (6) El siguiente argument° carece de validez por la misma razon: como Smith cree que los proyectos que ponen en peligro las especies deberian ser interrumpidos, y este proyecto pone en peligro a una especie, Smith cree que este proyecto deberia ser interrumpido. Sin embargo, las declaraciones de las convicciones, hechas por las personas a quienes perte-necen dichas convicciones, son transparentes a la sustitucion y por lo tanto no es erroneo sino correct° afirmar que Smith "esti comprometido" a detener eI proyecto de la represa, o que de sus convicciones 'surge" que debe detenerse la construccion de la represa.

Nos deshacemos entonces de la objecion que denomine absurda porque se basa en un error sobre la logica de las declaraciones de convicciOn. Sin embar-go, debemos hacer una advertencia con respect° a la misma objeciOn, que se basa en el mismo error, en un medio diferente donde en principio podria pare-cer razonable. Supongan que Smith poseeconvicciones mas moderadas. Piensa que es importante preservar las especies, pero no de una importancia extrema y que por lo tanto, el secretario no deberia tener el poder de proteger especies sin importancia cuando esto fuera totalmente "irrazonable", dado el efecto en las fi-nanzas y otos objetivos ptiblicos. Tambien piensa que el proyecto de la AVT debe ser interrumpido para salvar *al snail darter.* Suponemos que no ha cometi-do ningtin error "de hecho", pero su juicio de que no seria irrazonable detener el proyecto de la represa en estas circunstancias no tendria relacien con sus opi-niones. Hermes puede tranquilamente atribuirlo a Smith. Pudo haber votado en otras ocasiones en formas que suponen un juicio muy distinto sobre la impor-tancia relativa de la conservacion y el gasto public°. Pudo haber votado en con-tra de medidas mucho menos costosas y a favor de reducciones en importantes gastos p6blicos que ahorrarian mucho menos diner° del que se gastaria al dete-ner el proyecto de la represa. Hermes pensara entonces que su opinion especi-fica sobre el *snail darter* no concuerda con sus convicciones generales, que una vez mas ha cometido un error al aplicar estas convicciones generales a este ca-so en particular, a pesar de que su error es ahora de un caracter distinto.

Tambien podria objetarse que las opiniones de Smith no estan en conflict° porque aunque crea que los proyectos no deberian interrumpirse cuando fuera irrazonabl0 hacerlo, no cree que seria irrazonable interrumpir la construccion

Hada de la represa de la AVT. Pero esta no resulta una mejor objecion de lo que **fue haceu4** momenta ASII MP PI **pi„w de vistaequivocaclo del contenido-delassofi--4--camProrneten-estas Preguntas,** son- hs **poc"i"** vicciones abstractas de **Smith. Smith no tree que el secretario deba tener el pader** de tomar decisiones que considera irrazonables (seria una opinion extraordinaria) **sino que** el secretario no deberia tener el poder de tomar decisiones que de hecho son irrazonables. Ninguna otra interpretation de su conviction tiene sentido como conviccion, y no hay diferencia en que la conviction sea expresada en un lenguaje "de juicios" sabre la racionalidad en lugar de un lenguaje "basado en hechos" sobre las verdaderas consecuencias del nuevo dique. A ***Hermes*** le queda par preguntarse si esta conviction especifica sabre el ***snail darter*** no tiene relation alguna con sus convicciones ma's abstractas acerca de la racionalidad en general, y si no, cual de estas convicciones debe hacer cumplir.

Hercules

Si considera un problema interpretativo el hecho de tratar de encontrar la asignacian de opiniones sabre la importancia relativa de las especies y otros objetivos que dan sentido a su conducia politica en general, es probable que tenga que decidir que la opinion de Smith acerca del ***snail darter*** es, dentro del cuadro mas amplio de sus opiniones generales, un error. Creera entonces que la mejor forma de respetar sus convicciones en general es ignorar su opinion concreta acerca del ***snail darter*** y permitir que se abra to represa. razor' podria tener para la decision contraria, de que respeta mejor sus convicciones al someter a consideracion esa opinion en particular? (Recuerden que Smith jamas expreso esa opinion concreta en forma oficial; Hermes sabe que la tiene asi como sabe que tiene las convicciones mas generales que el considera no relacionadas con Ia primera.) Alguien podria decir: cuando los jueces y legisladores no estan de acuerdo sabre un asunto cualquiera, el principio de supremacia legislativa sostiene que debe prevalecer la opinion de los legisladores. Smithy Hermes disienten acerca de alga, a saber, si su opinion sabre el ***snail darter*** esta relacionada con sus opiniones mas generales sobre un gobierno razonable. Smith no las considera incoherentes. De modo que si ignora su opinion especifica sobre el ***snail darter,*** reemptaza la opinion de Smith sabre la coherencia con Ia propia, y eso es exactamente lo que no deben hacer los jueces.

Esta objecion repite, sin embargo, el error que ya hemos senalado varias veces. Un juez de be co nfiar en sus propias opiniones al desarrollar y aplicar una teoria sabre la manera de interpreter un estatuto. No puede remitir una parte de dicha tarea a la legislatura de la cual utilizara las aprobaciones y sanciones para comprender su teoria. Hermes ha alcanzado un punto en su argumento donde debe decidir bajo que circunstancias debe entenderse que las distintas convic clones de un legislador estan en con flicto y, cuando lo hacen, que convicciones ***debe*** preferir. No puede remitir esa pregunta a los legisladores a quienes pertenecen estas convicciones. Esta pregunta es sabre si sus opiniones estan en con flicto, y no si elios piensan que Ia estan, y esta es una pregunta que debe responder par si solo. Sabe, par supuesto, que su opinion acerca de que convicciones de Smith son incoherentes es bastante polemics, y que distintos jueces tomaHan distintas decisiones. Pero esto es alga inevitable y no podemos evitarlo tal coma no evitamos decidir otras cuestiones que hemos senalado, coma por embargo, Hermes abandon6 la biisqueda de estados mentales cuando decidio QUP la

iniPucitiu pertiaeate lin 11-gislitdcw psrupstirin (IP si cnnvircinneS **fie-**nerales, organizadas por u [la in terpretaciOn constructiva y no sus esperanzas o expectativas particulares o discretas opiniones concretas. La interpretacion constructiva puede estar

dirigida a los antecedentes de instituciones y practicas como a individuos, y Hermes no tiene razOn aiguna para atribuir convicciones directamente a la legislatura misma.

ejemplo, quien cuenta como legislador. Sus propias convicciones politicas, que

De modo que a Hermes no le queda otra opcion que estudiar las convicciones de Smith en una forma mas general e interpretativa (teniendo en cuenta in forma en que vota y que dice en otras ocasiones sobre cuestiones que parecen estar muy alejadas de la conservacian de las especies) para poder ver que decishin en el caso del ***snail darter,*** respeta mejor las convicciones de Smith coma un conjunto o sistema. Puede terminar no teniendo en cuenta lo que conoce coma su opinion especifica sabre el snail ***darter.*** Por supuesto que la evidencia que necesita para este proyecto interpretativo la conseguira en su mayor parte a traves de sus votos y declarations, su historia a registro legislativo a lo largo de su can¯era a, si sus opiniones parecen haber cambiado, su carrera reciente. Preguntara que sistema de convicciones proporciona la mejor justification para lo que ha hecho en su funcion. Ahora vean coma esto afecta su decision acerca de un problema que habia enfrentado con anterioridad: el problema de combi***ner*** las "intenciones" de legisladores discretos **en** una intencion general o institucional de la legislatura misma.

Nosotros "resolvimos" ese problema par el con una suposicien imposible: que el problema no surge porque todos los legisladores que votaron a favor del acta tenian exactamente las mismas "intenciones". Si hubiesemos seguido utilizando esa suposicien para resolver problemas combinatorios, tendria que haber sido revisada para Lamar en cuenta las nuevas conclusions de Hermes. Ahora tendriamos que suponer no solo que cada legislador tenia las mismas opiniones concretes acerca del caso del ***snail darter*** sino que cada uno tenia el mismo sistema mas general de convicciones politicas y morales, expuesto en votos similares en todas las cuestiones legislativas, lo que resulta absurdo. De modo que el problema de las combinations esta presente una vez mas y Hermes podria liegar a considerar, aunque par un segundo, la siguiente nueva respuesta a este. Debe estudiar los antecedentes politicos de cada legislador par separado para descubrir que opinion surgiria, a partir del sistema general de convicciones del legislador, sobre el poder del secretario para detener la construccion de la represa, una vez que los conflictos se hubiesen identificado y resuelto. Luego, debe elegir algtin metodo para consolidar estas distintas opiniones en la opinion general de la misma legislatura. Sin embargo, de repente se da cuenta de que ex iste una estrategia alternativa que podria utilizar, que ofrece un camino mas directo y moldeable hacia el mismo objetivo. Puede entrenar su imagination interpretativa, no en los antecedentes legislativos de cada legislador en particular sino en los antecedentes de la legislatura en si, preguntandose que sistema coherente de convicciones politicas justificaria mejor to hecho por la legislatura.

Parecia un error metafisico considerar tan fundamental la "intencion" de la legislatura mientras Hermes estuviera atrapado por una version sabre el estado mental de la teoria del significado del orador con propasito legislativo. Mientras pensemos que la intencion legislativa es sobre to que una persona tiene en mente e intente comunicar a traves de su voto, debemos considerar fundamentales los estados mentales de ciertas personas en particular porque las institutions no poseen mente, y entonces debemos preocuparnos por la manera de consolidar las intenciones individuales en urea ficticia intencion grupal colectiva. Sin

De modo que Hermes tiene dos estrategias que comparar. Puede construir una "intenciOn" legislativa en dos pasos, al interpretar los antecedentes de legis-ladores individuales para descubrir las convicciones que justificarian lo hecho por cada uno, y luego combinar estas convicciones individuales en una convic-cion institucional general. 0, en un solo paso, al interpretar los antecedentes de la legislatura para descubrir las convicciones que justificarian lo que ha hecho. Hermes elegira la segunda estrategia por la siguiente razon. Si elige la primera, necesita una formula para combinar las convicciones individuales en una inten-cion grupal y esa formula debe respetar sus razones para acudir a la estructura general de convicciones de un legislador, en lugar de acudir a las esperanzas, expedativas u opiniones concretas de un legislador, mas pertinentes al caso. Sus razones son razones de integridad; acude a convicciones generales porque hasta donde fuera posible, la legislacion en una comunidad de principio deberia entenderse como la expresion de un esquema de principio coherente. De modo que la formula que necesita para la primera estrategia es la siguiente: deberia combinar las convicciones individuales en ia manera que produzca el conjunto de convicciones mas verosimil posible para atribuirselo a la legislatura en con-junto, actuando como el servidor de una comunidad de principio, Pero ello sig-nifica que la primera estrategia (inverosimil e inmanejable) fracasaria a menos que, de alguna manera, alcanzara el misrno resultado que la segunda logra en forma directa. El problema de la combinacion que parecia tan amenazad or se ha convertido en un problema falso; Hermes no necesita una funcion combinatoria de las convicciones de los legisladores individuales porque desde el comienzo interpreta los antecedentes de la institucion y no sus antecedentes uno por uno. La doctrina celebrada en la retorica judicial (que se debe hacer cumplir los esta-tutos teniendo en cuenta las intenciones detras de ellos) muestra ahora su ver-dadera naturaleza. No es mas que el principio de integridad adjudicativa que abarcamos en el Capitulo 6 que aparece co mo un lema para los jueces que inter-pretan estatutos. Podemos dejar a Hermes. Su nuevo metodo necesita una cui-dadosa elaboraciOn, pero no por el ya que se ha convertido en el gemelo de Her-cules.

El metodo de Hercules

El metodo senalado, que utiliza Hercules para interpretar estatutos, pare-cia, a primera vista, prestar muy poca atencicin a las verdaderas opiniones y de-seas de aquellos que los convirtieron en ley.. Asi que tomamos en cuenta la ver-sion Inas ortodoxa de la intericion legislativa clue denomine la teoria del signifi-

nara la anticoncepcion podria justificar-se por el respeto de presuntos derechos -que-se-violan-c-oaodo-no-hay-4141C-FHIceptivos d ispo nibles, que es tuaa-stiestifift de

principio, o por la preocupaciOn de que la poblaciOn no crezca demasiado rapid°, que

cado del orador. Pero esto nos Ilevo poco a poco a la idea de Hercules de que los —estatutns-debeninterPreta que surja de la mejor interpretacion de todo el proceso legislativo. Tenemos que ver que significa esto en la practica. Tenemos una idea porque sabemos como interpreta Hercules los precedentes del derecho consuetudinario. Pero los estatutos son diferentes de las decisio-nes judiciales de precedente y por io tanto, debemos estudiar corno procede Hercules cuando se encuentra ante un estatuto en lugar de un conjunto de com-pilaciones de decisiones judiciales. iQue haria en el caso del *snail darter?*

Supongo que tiene sus propias opiniones sobre todas las cuestiones en jue-go en la controversia del *snail darter.* Tiene opiniones formadas acerca de la conservacion en general, el poder ptiblico, la mejor manera de desarrollar la zo-na de los Apalaches, la conservaciOn *de* las especies, en resumen, sobre si seria mejor, tomando todo en cuenta, detener la construccion de la represa de la AVT. Supongan que quiere interrumpir la represa, no porque este interesado en el *snail darter* o en la conservacion de especies, sino sobre una base estetica porque prefiere dejar los cursos de agua que la represa modificaria tal como es-tan. (Algunos de aquellos que presionaron al secretario para que declarara el *snail darter* una especie en petigro sin duda tenian ese motivo.) metodo le permitiria decir que, como la coition idad estaria mejor si se interrumpiera la re-presa, deberia interpretarse el acta como que le otorga dicho poder al secreta-rio? zEsa decision no hace del acta (por lo menos en su opinion) la mejor de-mostracion estadista posible?

No, no es asi. Pues Hercules no esti) tratando de alcanzar lo que considera el mejor resultado sustantivo sino de encontrar la mejor justific.acion posible de un hecho legislativo del pasado. Trata de mostrar un pedazo de historia social (la historia de una legislatura elegida en forma democratica que sanciona un texto en particular en circunstancias particulares) bajo la mejor perspectiva po-sible, y esto significa que su descripcion debe justificar toda la historia y no so-lo su conclusion. Su interpretacien debe ser sensible no sOlo a sus convicciones acerca de la justicia y de una politica de conservacion inteligente, sino tarnbien a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad politica y el de-bido proceso en cuanto a que estos se aplican en forma especifica a la legisla-cion en una democracia.

Integridad textual

Para Hercules, la integridad y la equidad restringiran la justicia y sabiduria en distintas forinas. La integridad le exige que construya, para cada estatuto que le ;Aden que ponga en vigor, una justificacion que se adapte y fluya a &ayes del estatuto y, ser posible, sea coherente con otra legislacion en vigor. (7) Esto significa que debe preguntarse que combinacion de principios y politicas, con que asignaciones de relativa importancia cuando estos compiten, Ilegan a proporcionar el mejor caso para aquello que las palabras simples del estatuto qu ieren. Corno ahora Hercules esta justificando un estatuto en lugar de un con-ju nto de precedentes del derecho consuetudinario, la restriccion que identifica-mos en el Capitulo 7 ya no es valida: debe considerar justificaciones de politica, asi como tambien de principio, y en algu nos casos podria Ilegar a ser problerna-tico que forma de justificacion seria la liras apropiada. (Una ley que subvencio-

es una cuestion de politica o de ambas cocas.) Sin embargo, la justificacion de politica que imaginamos dando a Hercules, que el objetivo del estatuto es proteger las areas

rurales de desarrollo que molesten o no tengan relation con el paisaje circundante, no se

adapts en absoluto al texto. Pues es absurdo sugerir que un gobernante ansioso por asegurar que la politica elija el metodo fortuito, incluso irrational, de prohibir solo y todos los proyectos que pusieran en peligro las especies, ya sea que fueran Utiles o no al medio rural.

Cualquier justification competente del Acta de las Especies en Peligro de-be apelar a una politica de protecciOn de las especies en peligro. Ninguna interpretacion que desconociera esa politica o la considerara de poca importancia podria ni siquiera comenzar por justificar las estipulaciones del acta y mucho menos su nombre. (8) Supongan que Hercules Ia acepta pero sigue pensando que ninguna politica razonable sabre la conservation de especies requeriria que se interrumpiera la construction de un dique ya casi terminado. No le resultara dificil describir una politica rival que justificara esa calificacion: la politica de que no se derrochen los tondos ptiblicos. Pero la cuestiOn sigue siendo si puede atribuir el peso suficiente a esa politica rival, dentro de las dimensiones del texto del estatuto, para incluir dicha call ficacion en su justification general; que a su vez dependera de que peso debera asignar a la principal politica sabre la conservation de especies para poder justificar el resto del estatuto. (Esa interdependencia de politica y peso exotica gran parte del debate en la Corte Suprema sobre el caso del ***snail darter.)*** Si el texto hace otras excepciones o calificaclones con respecto al poder del secretario, aun si no tuvieran nada que ver con su poder para interrumpir proyectos comenzados, ello sugerira un menor grado de importancia para la politica principal y ass mejorara el caso para la calificacion por derroche. Si, por el contrario, el estatuto subraya la importancia **de Ia** politica principal al aceptar en forma expresa sacrificios en otras politicas importantes o incluso principios para poder promover Ia politica principal (por ejemplo, si alguna otra seccion del acta declara que el secretario no necesita considerar el impacto en el desempleo al dar sus tirdenes de protecciOn) entonces esto sostendria que ninguna politica que pudiera exirnir el proyecto de la AVT tiene sugar en la interpretacion general.

Equidad

Volveremos a las restricciones de la integridad. Pero ahora nos ocuparemos un momenta de la equidad. Supongan que Hercules se dedica a la conservacion de especies: cree que la perdida de solo una es un dano incalculable. Piensa que es mucho mejor detener la construcciOn del dique que perder el ***snail darter,*** de hecho, preferiria que se desmantelaran los diques ya existentes si eso ayudara a salvar al pez. Imaginen que esta satisfecho de que nada en el Acta de las Especies en Peligro contradice su punto de vista acerca de la importancia de conservar las especies. El poder del secretario no esta calificado en ninguna forma explicita que sugiera la menor preocupacion con respecto a la conservation. De ello no surge que I lercules pensara que la mejor interpreta

partir de la equidad nos Ileva a explicar por que Hercules le prestard una atencion considerable a las convicciones concretas ue ex resan los 1 isladores. o emos a Fa integridad para cons erar una razon i erente y mas poderosa para dicha

practica, a pesar de que hace una discriminaciOn entre dichas expresiones.

ciOn del estatuto, la interpretacion que hace de Ia historia del gobierno lo mejor posible, salva al ***snail darter.*** Sabe que sus propias opiniones (y es contundente consigo mismo) son excentricas. Casi ninguna otra persona las comparte. De modo que debe preguntarse si es mejor para Ia legislation buscar el resultado correcto aun cuando sus votantes lo consideren el resultado equivocado.

Por supuesto que sabe que los votantes pueden sacar a un legisiador de su puesto al finalizar su periodo si es que disienten con lo que ha hecho. Pero ese no es argumento: un error no se justifica con la oportunidad de venganza. Y tampoco el destino del ***snail darter,*** par importante que lo considere Hercules, cornpromete cualquier cuestian de principio, de derechos que podria pensarse tienen algunos ciudadanos en particular contra otros o contra toda la comunidad. Se trata aqui de que situacian es la mss favorable para todos: Hercules cree que la vida de cada uno disminuye cuando se extingue una especie, pero no cree que el hecho de permitir que una especie desaparezca injustamente favorezca a algunas personas a expensas de otras. De modo que Ia conservation de especies es un paradigma sobre el tipo de decision que deberia ser gobernada por la voluntad de la gente, el tipo de decision que hasta los legisladores que aceptan el modelo burkeano de responsabilidad legislativa no deberian imponer a sus electores cuando estos tiltimos estan unidos en Ia opinion contraria. Si Hercules esta de acuerdo, llegara a Ia conclusion de que una historia legislativa que supone que el Congreso ha permitido un paternalismo injustificado seria peor que una historia donde se respetara la eleccitin de la gente, a pesar de que Hercules considere que esta es la election incorrecta.

De modo que en estas circunstancias las convicciones de Hercules sobre la equidad colocan importantes obstaculos entre sus propias preferencias, incluso aquellas que no estan relacionadas con el lenguaje del estatuto, y su juicio acerca de cual interpretaciOn es mejor, tomando todo en cuenta. Dado que en esta situacion su juicio es sensible a la opinion ptiblica en general, tambien es sensible, por otras razones, a las convicciones concretas de los distintos legisladores que hablaron en los debates, que redactaron informes, etcetera. Estas declaraciones suelen ser una buena evidencia de la opiniOn ptiblica en toda la comunidad. Los politicos son a menudo iguales, por lo menos en sus convicciones, a las personas que los votaron; es decir, son tipicamente habiles para juzgar las convicciones de sus constituyentes y elegir sus declaraciones ptiblicas para reflejarlas, Si los debates sobre el Acta de las Especies en Peligro expresaran una conviction ampliamente aceptada sabre la importancia relativa de La conservacion de una especie menor, seria una fuerte evidencia de un sentimiento ptiblico general en el mismo sentido.

Historia legislativa

Tal como lo dije antes, Hercules respeta la integridad textual de modo que no creera que mejora un estatuto con solo proyectar en el sus propias convicciones; respeta la equidad politica y por lo tante no ignorara por completo la opinion ptiblica tal como lo expresan las declaraciones legislativas. El ***argumento*** a

La practica legal norteamericana considera especialmente importantes algunas declaraciones de proposito legislativo para decidir de que manera interpretar un estatuto. Estas incluyen declaraciones realizadas por senadores o congresistas que

son los patrocinad ores de un proyecto de ley o sus ad ministradores a Craves del

proceso del Congreso, y tambien declarations que figuran en los informes formales de los comites especiales del Congreso a traves de los cuales pagan los proyectos de ley. Las tortes norteamericanas prestan mucha atenci6n a estas declaraciones privilegiadas, y los legisladores norteamericanos se esfuerzan par asegurar que las declaraciones que aprueban se hallan entre ellas. La historia legislativa domino la discusion de Ia Corte Suprema en el caso del *snail darter,* tal como lo vimos en el Capitulo 1, a pesar de que los magistrados no estuvieron de acuerdo sobre que partes de la historia eran de particular importancia.

iPor que algunas declaraciones del Congreso, aquellas consideradas partes esenciales de Ia historia legislativa, son mas importantes que otras? Si nos ocupamos solo de la equidad, las creeriamos mas importantes porque son una buena evidencia de la opinion ptiblica. Las deciaraciones que realizan los patrocinadores en una asamblea o en informes de comite son estudiadas con atencion. Otros legisladores las escuchan o las leen con un cuidado mayor que el ordinario. Pero la importancia que la mayoria de los jueces otorga a la historia legislativa no puede ser explicada de esta manera. Pues el discurso de un patrocinador ante una camara vacia es parte del corazon de Ia historia legislativa, a pesar de que sus comentarios en un discurso televisado en toda la nacien, que son una mejor evidencia de lo que se invita at ptiblico a pensar sabre un estatuto, no son parte de la historia legislativa. Por razones que tratare de describir, Hercules se ocupara de que las declaraciones de propasito oficiales, hechas en la forma canonica establecida por la practica de Ia historia legislativa, sean tambien consideradas actos del Estado personificado. Son en si decisiones politicas, de modo que la principal exigencia de Ia integridad, que el Estado actde sobre una base de principios, las abarca como asi tambien las decisiones mas discretas captadas en los estatutos. El objetivo de Hercules es hacer de Ia historia legislativa Ia mejor posible; en cambio, la empeoraria si su interpretation mostrara at Estado diciendo una coca y haciendo otra.

Promesas y propdsitos

Seria absurdo considerar cada declaration que hace un legislador acerca del propOsito de un estatuto como ei acto del Estado; si dos senadores discuten acerca de 10 que es o deberia ser el Estado, al sancionar un proyecto de ley, es-tan disculiendo sobre el acto del Estado, y no ellos actuando por el. Pero un in-forme formal de comite, o la declaracion del administrador de un proyecto de ley *es* diferente; estos pueden ser considerados parte de to producido por el proceso legislativo, alga con lo cual toda la coniunidad esta comprometida. (9) Pue den ser considerados de esa forma si la practica los designs como especiales, tal como to hace Ia practica norteamericana. Para poder comprender esta oractica y aplicarla cuando se discute su fuerza, como en el caso del *snail darter,* Hercules debe interpretarla: debe encontrar una description de la prktica que se adapte a ella y la justifique. Puede iniciarse una action por moralidad politica por considerar algunas declaraciones formales de intencion coma los actos del Estado mismo? Deberiamos

positos. creencias o convicciones Puede que no sea sincera porque el promete-dor no tiene la genuina intencion de mantenerla, pero no es incorrecta aun en ---le totTftertrefe pttede sertrrtn arrtacryrrrprension. Por otra paite7ttrireedaracion de intencion es mas ***un*** anuncio que una ejecucion, y puede ser incorrecta o si-mulada coma lo son otros comunicados personales. Si una declaraciOn interpre-tativa de intencion tuviera la misma fuerza ejecutable que una promesa, no po-dria ser usada tal como lo es, para situar una promesa en un context° de creen-cias y propositos verdaderos y asi ayudar a otras personas a valorar al promete-dor y predecir que otra cosa puede Ilegar a hacer. Convertir la

comenzar por plantear el argumento mas evidente en contra de hacerlo. El proceso legislativo ya posee medios disponibles para hacer de dichas declaraciones parte de la decision formal del Estado cuando es-to fuera conveniente: pueden estar escritas en el text° del mismo estatuto_ Los abogados ingleses utilizan dicho argument° para la prktica inglesa, que insiste en que las declaraciones hechas por el Parlament° no deben ser utilizadas como guias en Ia interpretation de estatutos. Es un debate importante, no porque es decisivo contra la practica norteamericana que es diferente sino porque demuestra que esta dltima solo esta justificada si establece algtin rol especial para la historia legislativa, un nivel intermedio entre las observations informales de los legisladores, hechas tacticamente en el punto culminante del debate, y el texto formal del mismo estatuto.

No es dificil identificar un estado intermedio pues tenemos uno disponible en la moralidad personal. Hacemos una distincion entre las promesas de una persona y otros compromisos y las explicaciones que la misma persona ofrece de ellos, su description de como se adaptan y fluyen de sus creencias y propOsitos mas generales; consideramos que ambas cocas poseen una importancia moral, aunque pensamos que las explicaciones son mas inciertas, mas abiertas a la revision y al cambio. Supongan que le doy 100 dOlares a mi sobrino y le explico que admiro su eleccicin de una carrera militar y que deseo ayudarlo en ella. El pliede entonces esperar que lo ayu de en su carrera en otras formas; se sorpren&era cuando mas tarde le diga que consider° que su can¯era es desagradable y me opongo a ella de todas las maneras posibles, por ejemplo, negandome a presentarlo ante mis amigos de Ia guerra. 0 supongan que abro una nueva fabrica y le prometo a la comunidad que instalare y mantendre cualquier implemento "razonable" para que mi fabrica no aumente la contamination. En una entrevista por television me preguntan si un implemento en particular es razonable y yo respond° que si. Pero luego decido no instalarlo: declaro que, contrario a mi opiniOn previa, me he convencido de que no es razonable porque puedo ofrecer la misma protection con otras medidas mucho menos costosas. En cada caso, mi declaration explicativa anterior es parte de mis antecedentes morales, alga por to cual debo asumir la responsabilidad porque Nice la declaration sabiendo que otros probablemente se basarian en ella y los alentaria a hacerlo. La historia habria sido mejor, desde el punto de vista moral, si yo hubiera Ilegado a mis

tiltimas

opiniones y las hubiese expresado en un comienzo. Le debo una disculpa a mi sobrino y a to comunidad. Pero la situation es diferente de lo que habria sido si hubiera prometido ayudar en la can-era de mi sobrino en forma explicita en la forma que mas tarde me pidiO, o hubiera prometido instalar el dispositivo que en un principio considers razonable. Entonces, no habria podido cambiar de opinion con tanta libertad.

Podemos explicar la diferencia de esta forma. Una promesa posee un carkter ejecutable y por lo tanto, vida propia. (10) Expresa, aunque no registra, pro-

declaracion en una promesa exprimiria el anuncio y aumentaria el acto ejecutable. Surgiria en-tonces una nueva pregunta, de que prop6sitos y creencias mis generales apoya-ria la promesa agrandada y esto no podria responderse porque cualquier otra declaracion se derrumbaria de la misma manera en el mismo agujero negro de la promesa.

Propositos y principio

Podemos guiarnos por este aspect() de la moralidad personal al construir

un rol politico para la historia legislativa. Una comunidad de principio no ve la legislacion de la misma manera que lo hace una comunidad que se basa en los codigos, como las promesas negociadas que no tienen otro significado, o Inas profundo, que el del texto que declara el estatuto; considera la legislacion coma si surgiera del compromiso actual de la comunidad a un esquema de fondo de moralidad politica. La practica de la historia legislativa, de declaraciones tama-les de un proposito institucional general y convicciones hechas en representa-clan del mismo Estado, expresa y confirma dicha actitud. La practica protege tambien una de las ventajas practicas de una comunidad de principio: alienta a los ciudadanos a que se crean en una descripcion en particular del esquema pu-blic° cuando ellos mismos lo desarrollan y lo ponen en vigor. Pero estas yenta-jas dependen del tipo de distancia moral entre las decisiones explicitas del esta-tuto y el sistema **explicativo** de la historia legislativa que encontramos en la mo-ralidad personal, Dependen de que traten las distintas declaraciones oficiales que conforman el sistema explicativo como poseedoras de una funciOn de infor-macion mas que de ejecuciOn. La historia legislativa ofrece una interpretacian contemporanea del estatuto que rodea, una interpretaciOn que mas adelante po-dia ser revisada par las codes o la misma legislatura, a pesar de que cualquier revision importante haria, en retrospectiva, de ia historia legislativa algo de que lamentarse.

Se sirve mejor a una comunidad de principio con una esiructura de legisla-clan compleja corno esa, una estructura que incluye una distincion entre los ac-tos legislativos ejecutables y las explicaciones interpretativas de estos actos. De modo que Hercules tiene razones para considerar las declaraciones formales que conforman la historia legislativa como actos del Estado y no considerarlas como parte del mismo estatuto. Debe tenerlas en cuenta al decidir que historia del hecho legislativo es la mejor, pero debe hacerlo en la forma correcta. Reco-noce que la legislatura es vista desde una mejor perspectiva cuando el Estado no ha engariado al ptiblico; por esa razen preferira una interpretacion que igua-la las declaraciones formales de propOsito legislativo, ***en*** especial cuando los

ciudadanos podrian haber tomado decisiones cruciales que basaran en estas declaraciones. Si los debates legislativos sobre el estatuto de testamentos hu-bleran estado salpicados con declaraciones innegables de que los testamentos deben interpretarse sin ningtin contexto en particular, es decir, otorgando a las palabras el significado que les asignaria la gente si no supiera nada especial so-bre el context° de su uso, entonces, el public° habria recibido el estatuto, y los testarnentos podrian haber sido redactados bajo dicha suposicion. Hercules consideraria entonces el hecho como un argument° fuerte, aunque no necesa-riamente decisivo, a favor de dicha construcci6n. Pero tal como veremos, es un argumento cuya fuerza se debilita con el correr del tiempo.

La historia legislativa que rodea el Acta de las Especies en Peligro era mu-ch° mas compleja. La revisamos en el Capitulo 1 y senalamos que los magistra-dos de la Corte Suprema disentian acerca de si la historia legislativa debia in-cluir el hecho que el Congreso trato de explicar en varias decisiones tomadas despues de que se pasara el acta, de que la represa de la AVT no corria peligro alguno. Hercules no tiene razon para dudar de que estas decisiones del Congre-so se deben tomar en cuenta. Son parte del registro public°, futuras decisiones politicas sabre la importancia relativa, en el esquema general de propositos de la comunidad, de los diferentes intereses en juego. La opinion contraria, que no se tomen en cuenta estas decisiones, supone la restricciOn temporal que consi-deraremos a continuacion, que el significado de un estatuto se fija en un acto de creacion inicial. No es dificil entonces ver coma Hercules decidira el caso del ***snail darter*** si comparte la opinion sustantiva que parecia dominante en la Cor-te, que el mejor camino a seguir seria sacrificar los peces por la represa. Piensa que interpretar el estatuto de forma tal que se salve la represa lo haria mejor desde el punto de vista de una politica razonable. No tiene una razon de integri-dad textual para oponerse a dicha interpretacion, ni **tampoco una** razon de equi-'dad, porque nada sugiere que el public° se sentiria ofendido por dicha decision. Nada de la historia legislativa del proyecto de ley, bien entendido y tomado co-ma el registro de una decision ptiblica, sostiene lo contrario y las tiltimas deci-siones legislativas del mismo caracter apoyan la interpretacion que el considera mejor. Se une a los magistrados que no estuvieron de acuerdo en el caso.

Los estatutos a &ayes del tiempo

La teoria del significado del orador parte de la idea que seriale como la base de sus problemas: que la legislaciOn es un acto de comunicacion que debe ser entendido en el modelo simple de orador y audiencia, de modo que la pregunta mas importante en la interpretacian legislativa es que "quiso decir" un °radar o grupo en particular en algtin acto de expresiOn canonica. He aqui el catalog° de misterios que comence por revisar. eQuien es el orador? Xuando hablo? are estado mental proporciono su significado? Estos misterios son producidos por una sola suposicion predominante: que sus soluciones deben converger con un momenta en particular de la historia. el momenta cuando se fija una vez y para siempre el significado del estatuto, el moment° cuando nace el verdadero esta-

tuto. Esa suposicion tiene una secuela: que a medida que pasa el tiempo y el es-

7tic

o debe ser aplicadaen disfintas.ircunstancias. los iueces se enfrentan a_ una

election entre hacer cumplir el estatuto original con el significado que siempre tuvo o enmendarlo para actualizarlo. Este es el dilema que a menudo presentan los viejos estatutos: los jueces deben elegir entre la mano muerta, pero legitima, del pasado y el encanto ilicito del progreso.

El metodo de Hercules desafia ese aspecto de la teoria del significado del orador junto con todo el resto. Rechaza la suposicion de un momento caminico en el que nace un estatuto y tiene todo y el Unica significado que siempre tendra. Hercules no solo interpreta el texto del estatuto sino tambien su vida, el proceso que comienza antes de que se convierta en ley y se extiende mucho mas alla de dicho momento. Intenta hacer lo mejor que puede de esta historia continua, y por lo tanto, su interpretation cambia a medida que se desarrolla la historia. No identifica a ciertas personas en particular como los "forjadores" exclusivos de un estatuto y luego atiende solo a sus esperanzas, expectativas, convicciones concretas, declaraciones o reacciones. Cada una de las consideraciones politicas que toma en cuenta en su cuestionamiento general, coma mejorar al maxima la historia del estatuto, identifica a una variedad de personas, grupos e instituciones cuyas declaraciones o convicciones podran ser relevantes en distintas formas.

Consideren el debate por la equidad que le hizo prestar atencion a convicciones legislativas concretas hasta donde pudiera descubrirlas, aun cuando no estuvieran de acuerdo con las propias. Ese argumento no requiere que Hercules identifique como cruciales a ciertos legisladores en particular, o que se base en las opinions de un ntimero de legisladores decisivos como si las convicciones contaran como si fueran votos. La equidad le indica a Hercules que tome en cuenta cualquier expresidn de puntos de vista politicos que le parezca importante para decidir si un estatuto en especial, construido segiin una interpretation que este considerando, seria equitativo, dado el caracter y alcance de la opinion ptiblica. En este contexto, el hecho de que aparezca la direcci6n de un importante politico en television podria ser mas importante que una buena impresion de un informe de comite.

Ahora piensen en la forma en que el paso del tiempo afecta este debate por la equidad. La teoria del significado del orador se fija en las convicciones presentes y expresadas cuando fue aprobado el estatuto e ignora cambios posterrores. Solo las intenciones "originales" pueden ser pertinentes para descubrir el significado de un estatuto en el momento de su conception; un llamado a una opinion cambiada debe ser un anacronismo, una excusa absurda para una enmienda judicial. La actitud de Hercules es muy diferente. Supongan que el Acta de las Especies en Peligro fue sancionada en un clima de opinion ptiblica muy diferente del que encuentra cuando debe decidir el caso del *snail darter.* Pregunta que interpretaciOn proporciona la mejor description de la historia politica que ahora no solo incluye el acta sino el fracaso de luego anularla o enmendarla, y por lo tanto, no buscara la opinion ptiblica en un comienzo, cuando la conservacion estaba en flor, sino ahora, cuando se debe decidir si el secretario puede gastar una fuerte suma de los tondos ptiblicos para salvar a una especie me nor. El debate a causa de la equidad tendra un impacto muy diferente del que habria tenido si el caso se le hubiera prescntado mucho antes.

El debate por la integridad textual tambien sera sensible al tiempo porque tornara en cuenta otras decisiones que el Congreso y las tortes hayan tornado en el entretiempo; si los cambios en la opinion ptiblica o en las circunstancas economicas o ecologicas han sido grandes, las decisiones politicas intervinientes habran sido hechas con un espiritu diferente, de modo que una interpretaclan que las abarque y el acta seran diferentes de una interpretation que solo tuviera que adaptarse al acta. El debate por la historia legislativa sera nuevamente sensible al tiempo, pero de una manera distinta. Ese debate es lo opuesto al debate por la equidad: ignora las convicciones particulares; se basa en declaraciones ptiblicas formales que califica como declaraciones de la misma comunidad. Estas declaraciones no son, sin embargo, parte del estatuto; son informes de propesito y conviction ptiblicos y son por lo tanto vulnerables a una nueva evaluation.

La gente va teniendo menos razones para confiar en estas declaraciones a medida que el estatuto envejece porque habran sido suplementados y tal vez, reemplazados, como interpretaciones formales de compromiso ptiblico, por otras explicaciones in terpretativas relacionadas con estatutos posteriores sobre cuestiones que tengan que ver entre si. Estas tiltimas declaraciones proporcionan una description mas contemporanea de la forma en que los funcionarios de la comunidad entienden sus co mpromisos de principio permanentes y las estrategias politicas en funcionamiento. (11) De modo que Hercules prestara cada vez menos atencion a la historia legislativa original, y aqui, una vez mas, su metodo contrasta con la teoria del significado del orador, que solo se ocupa de las declaraciones contemporaneas a la &melon de un estatuto. Hercules interpreta la historia en movimiento porque la historia que debe hacer y de la mejor manera posible es toda la historia a traves de su decision y mas alla de ella. No enmienda estatutos anticuados para adaptarse a nuevas epocas, coma lo sugiere la metafisica del significado del orador. Reconoce en que se han convertido los viejos estatutos desde entonces.

eCuando es claro el lenguaje?

Debo ahora pagar una deuda que se ha ido incrementando. He estado pre guntando coma deberia interpretar Hercules un estatuto cuando su lenguaje no es claro, es decir, cuando no se hace cumplir por si mismo. zPero coma decide si es claro, en cuyo caso no tiene nada mas por hacer, a confuso, *en* cuyo caso debe desplegar el complejo y sofisticado, desde el punto de vista politico, aparato que acabo de describir a grandes rasgos? Esta parece una distincion muy im portante. eCorno debe hacerse?

No necesita hacerse. La distincion sobre la que me base es un artificio explicativo que no necesita tener un lugar en la teoria final de Hercules. Noten las distintas formas o sentidos en que podria decirse que el texto de un estatuto es confuso. Podria contener una palabra ambigua cuyo significado no este resuelto por el contexto. Podria declarar, por ejemplo, que sera considerado delito ser encontrado dentro de los cincuenta metros de distancia de un banco cuando

anochece, sin nada que indique si el banco en cuestiOn es un edificio donde se arda dinero a un Lugar junto a un rio. Podria contener una palabra vaga que en a practica no pue e mantenersevaga: por ejemplo, podna declarar que los ancianos estan exentos de pagar el impuesto alas ganancias. Podria utilizar una palabra abstracta coma "razonable" a "equitative de forma tal que pueda esperarse que la gente disienta si una decision o un acto alcanza la norma que la palabra abstracta suefe enunciar. Estos son tipos u ocasiones familiares de confu sion lingiifstica Ninguna de ellas se adapta a los dos casos que hemos tornado como ejemplo para nuestros problemas en la aplicacion de estatutos. Tanto en el caso de Elmer coma en el del *snail darter* los jueces no estuvieron de acuerdo sobre la forma en que deberia interpretarse un estatuto, y los estudiantes de de recho y los estudiosos siguen sin ponerse de acuerdo. Pero no podemos situar la poca claridad del texto en la ambigOedad, vaguedad o abstraction de una palabra o Erase en particular en los estatutos que provocaron estos casos.

eEl estatuto de testamentos es confuso sobre la cuestiOn de si los asesinos pueden heredar? Si pensamos que si, esto solo puede deberse a que nosotros mismos tenemos alguna razOn para pensar que los asesinos no cleberian here dar. Ningun lenguaje en el estatuto de testamentos de Nueva York declara en forma especifica que las personas de ojos azules pueden heredar; sin embargo, nadie piensa que el estatuto es confuso sabre la cuestiOn de si pueden o no. ¿Por que es diferente en el caso de los asesinos, o mas Bien, por que fue diferente cuando se decidie el caso Elmer?

Si siguieramos la teoria del significado del orador, nos veriamos tentados *a* decir: porque tenemos razones para pensar que aquellos que adoptaron el esta tuto no tuvieron la intention de que los asesinos heredaran. Solo podemos ver el sentido de dicho reclamo de forma contrafactica y luego ver que es demasia do fuerte. Es confuso si los nazis pueden heredar si pensamos que los autores originales del estatuto no habrian querido que los nazis heredaran si lo hubie ran previsto? Selo es porque somos *nasotros* quienes pensamos que el caso de excluir a los asesinos del estatuto de testamentos es un caso fuerte, sancionado por principios respetados por la ley en otras panes, que consideramos que el es tatuto no es del todo claro en dicha cuestiOn.

Esto ocurre tambien con el Acta de las Especies en Peligro. *Nuestras* dudas sobre si ese estatuto le otorga al secretario el poder para detener proyectos ya avanzados no puede situarse en la ambigtiedad, vaguedad o abstraccion de alguna palabra o Erase. Nadie declararia que es confuso si el acta se aplica a todas las represas, a pesar de que estas no esten mencio nad as en forma explicita. Una vez mas consideramos que un estatuto no es claro acerca de los proyectos co menzados porque a muchas personas les parece tonto que se Baste tonto dinero para salvar una especie sin interes ni importancia alguna para el mundo cientifi co. Sin embargo, debemos cuidarnos de no generalizar este punto en la forma indebida: Hercules no considerara cortfuso un estatuto cada vez que su signift cado fuera de contexto proponga una decision que muchos consideran inapro piada. Esa es tambien una prueba mas profunda: muchos consideran que el Ac ta de las Especies en Peligro es un error, algo tonto de cabo a rabo. Pero nadie afirmaria que es confuso si el acta tiene peso, si el secretario tiene el poder de detener cualquier proyecto, bajo cualquier circunstancia.

descripcion 'confuse es mas el resultado que la "ocasion" del metodo de Hercules para interpretar estatutos. No consideramos confuso un estatuto hasta que pensemos que existen buenos arrrumentos disponibles Para cada una de las dos interpretaciones rivales. (12) Esto explica por clue nadie (aun si con sidera que el Acta de las Especies en Peligro es algo tonto) se ve tentado a decir que es confuso saber si dicha acta otorga al secretario el poder para detener cualquier proyecto. Ninguna interprttacion detente del acta podria sugerir que no dicta nada, a pesar de su lenguaje y a pesar de los debates e informes de co-mite, las declaraciones presidenciales y los anuncios en el Congreso que la Ianzci. No me refiero a que nadie dira que un estatuto es confuso a menos que haya decidido que la interpretation fuera de contexto es incorrecta. Aceptara que es confuso si tree que la cuestiOn interpretativa es compleja o discutible, aun si en el fondo, termina creyendo que es mejor la interpretacion fuera de contexto. Sin embargo, la distincion entre estatutos claros y estatutos confusos no necesita tener un lugar formal en la teoria de legislation de Hermes, En especial, no serviria tal como la he utilizado en la discusian hasta esta sesion, para sugerir un punto de cambio tearico, de forma tal que la interpretation seguira en un sentido si se hiciera el cambia y en otro, si esto no sucediera.

Hercules tampoco necesita una distincion preanalitica entre declaraciones claras y confusas cuando la confusion putativa se sittie en una palabra o (rase en particular. Un estatuto que lunite los depOsitos en los bancos no nos resulta confuso, aunque pudo haberlo sido en una comunidad keynesiana de bandos piratas. Para Hercules un estatuto le causa dilicultades debido a la ambigaedad, vaguedad o abstraction de alguna palabra solo cuando haya por lo menos una Buda sobre si el estatuto seria una mejor actuation de la funcion legislativa interpretatada en una forma y no en otra. Cuando no existe du da alguna, el estatuto es claro, y no porque Hercules tenga una distincion, aparte de su metodo general, para distinguir los usos claros o confusos de Oa palabra, sino porque el me todo que siempre utiliza es tan facil de aplicar que se aplica solo.

En esta discusion tenemos otro ejemplo de un problema que aparece con frecuencia en este libro, y que ah ora podriamos denominar el problema del ca-so facil. Hemos prestado atenciOn principaimente a los casos dificiles, cuando los abogados disienten sobre si una propuesta de ley es verdadera o falsa. Pero a veces, las cuestiones de derecho son muy Wiles para los abogados y los no abogados. Resulta "obvio" que el limite de velocidad en Connecticut es de 88 km por hora y que la genie en Inglaterra tiene el deber legal de pagar la comida que ordena en un restaurante. Al menos esto resulta obvio salvo en circunstancias inusuales. Un critico podria entonces verse tentado a decir que la description compleja que hemos desarrollado del razonamiento judicial bajo la ley como integridad es solo para casos dificiles. Podria agregar que seria absurd() aplicar el metodo a casos faciles (ningtin juez necesita considerar cuestiones de adaptation y de moralidad politica para decidir si alguien debe pagar su cuenta telefonica) y luego declarar que adeinas de su teoria sabre casos dificiles, Hercules necesita una teoria sobre cuando los casos son dificiles, y asi podra saber cuando es apropiado y cuando no su complejo metodo para casos dificiles. El critico anunciara enhances un problema serio: puede ser dificil saber si el caso actual es un caso facil a dificil, y Hercules no puede decidirlo al utilizar su tecnica para casos dificiles sin dal- par sentado lo que qued a por probar. (13)

Este es un pseudoproblerna. Hercules no necesita un metodo para casos di-

ficiles y otro para faciles. Su metodo funciona tambien en los casos faciles, pero como las respuessaughacesomentonmsobvias, a al menos parecen seri°, no nos damos cuenta de que esta funcionando una teoria. (14) Pensamos que la pregunta sabre si alguien puede conducir mas rapid° de lo que estipula el lirnite de velocidad es una pregunta fad porque suponemos de inmediato que ninguna descripcien del registro legal que negara dicho paradigma seria competente. Pero una persona cuyas convicciones sabre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaria tan facil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiria en que nos equivoca- 1 **0 . l.al Constitucion** mos al estar tan confiados. Esto explica par que las preguntas consideradas faciles durante un periodo se tornan dificiles antes de volver a ser otra vez pero con respuestas opuestas.

¿El derecho constitutional esti basado en un error?

Comenzamos con un informe desalentador sabre el estado del popular debate acerca de como deben los jueces decidir sus casos. En los Estados Unidos, el debate alcanza su punto culminante y de mayor confusion cuando los jueces en cuestion pertenecen a la Corte Suprema y los casos oportunos son hechos constitucionales que prueban si el Congreso, algtin Estado o el Presidente tienen el poder legal de pacer alga que uno u otro ha tratado de hacer. La Constitucion solo otorga poderes limitados a estas instituciones y establece importantes impedimientos en cada una. Niega al Senado el poder de crear un proyecto de ley para otorgar fondos y be niega al comandante en jefe el poder de acuartelar soldados en casas particulares en tiempos de guerra. 0 tras restricciones son rtotoriamente abstractas. La Quinta Enmienda insiste en que el Congreso no tome ¯vida, libertad o propiedad" sin el "debido proceso del derecho", la Octava, proscribe castigos "crueles e inusuales" y la Decimocuarta, que domino nuestro ejemplo en el caso Brown, exige que ningtin Estado le niegue a ninguna persona "igual protecciOn bajo la ley".

De ello no surge coma una cuestiOn logica que la Corte Suprema deberia tener el poder de decidir cuando se pan transgredido estos limites. La Constitution podria haber sido interpretada como si be diera Ordenes al Congreso, al Presidente, y a funcionarios estatales y que estos funcionarios tuvieran el deber tanto legal como moral de obedecer, pero convirtiendolos en sus propios jueces. La Constitution habria jugado entonces un papel muy diferente y mucho mas debil deniro de la politica norteamericana: habria servido como antecedente para los debates politicos entre las distintas instituciones acerca de los limites de su jurisdiction constitucional en lugar de constituirse en una fuente de autoridad de una de estas instituciones, las cartes, para fijar dichos limites para el resto. En 1803, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de rechazar ese rol mas debil. (1) El presidente del tribunal supremo John Marshall dijo que el poder y el deber de la Corte de hacer cumplir la Constitution provenia de la propia declaracion de dicho documento de que constituye la *ley* suprema de esa tierra.

A menudo, Marshall ha sido acusado, en los largos debates que aun contitian, de dar por sentado today las preguntas importantes. Ese cargo es fad] de sostener bajo el cuadro del derecho que consideramos y rechazarnos al comien- proposici6n de que el derecho norteamericano incluye Constituci6n, que no es mas que una declaraciOn acerca de que es el derecho. Por otra parte, el derecho como integridad apoya el argumento de Marshall. Tenia razon al pensar que la interpretacion mas verosimil de las practicas legates en desarrollo del

zo de este libro, el cuadro que insiste en una firrne distinciOn analifica entre que esset dererho y nir5tioi2es politiraq werrutie si las cortes deben hacer cumplir la ley. Si esta distinciOn fuera razonable, **no po-**driarnos Ilegar a ninguna conclusiOn sobre que deberia hacer una Corte a partir de la

joven pais, asi como tambien de sus raices coloniales e inglesas, sttponia que una parte importante del objetivo del derecho era proporcionar normas pa-ra la decision de las cortes. La historia ha reivindicado la dimension sustantiva de dicha interpretacion. Los Estados Unidos constituyen una sociedad mas jus-ta de lo que habria sido si se hubieran dejado los derechos constitucionales a la conciencia de las instituciones mayoritarias. (2) De cualquier manera, Marshall decidi6 que las cortes en general y la Corte Suprema en el Ultimo analisis tienen el poder de decidir par todo el gobierno que significa la Constitucion y declarar invalidos los actos de otros departa mentos del gobierno si excedieran los poderes otorgados por la ConstituciOn, correctamente entendida. Su decision fue aceptada, por lo menos en esa forma abstracta, y la practica constitucional subsecuente se ha coagulado con firmeza a su alrededor. Ninguna interpretaciOn se adaptaria a esa practica si negara los poderes que declaro Marshall. Aun aquellos que piensan que cometiO un error, aceptan que casi dos siglos de prictica lo han dejado mas alla de todo desafio como propuesta de ley, y las guerras constitucionales ahora se pelean en el terreno que define.

La cuestiOn capital no es ahora saber que poder posee la Constitucion sino como debe ejercerse ese vasto poder. sDebe comprometerse a hacer cumplir toda la Constitucion, incluyendo aquellas disposiciones que requieren un juicio casi puramente politico para ser interpretadas? sDebe decidir, por ejemplo, st los detalles de la estructura constitucional de un Estado proporcionart la "forma republicana de gobierno" que exige la Constitucion federal, o debe dejarlo a juicio del Congreso o del mismo Estado? sQue estrategia debe utilizar la Corte al interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales que tiene la autoridad de hacer cumplir? J:lebe deferir, en cierto grado, al juicio del Congreso o una legislatura estatal sobre si una forma de castigo, coma la muerte, es "cruel e inusual" dentro del significado de la Octava Enmienda o si un esquema de division racial en la educacion proporciona o no "igual proteccion" a los ninos de la Decimocuarta? JT/ebe aceptar el juicio de estas instituciones a menos que las considere totalmente equivocadas o debe reemplazarlas cada vez que hubiese preferido una decisiOn diferente? En cualquiera de los casos, ague test debe lizarse para decidir que decisiones estan equivocadas por completo o solo equs vocadas en el balance?

Uberales y conservadores

La irnaginacion popular divide a los jueces en are.as segim las respuestas

pn general,

que supone darian a preguntas de este tipo. A algunos jueces los consideran "Ii-berales" y **A** (isms "conservadoses" y pareePn preferir a estosailtimos. Sin embargo, la base para esta distincion es bastante evasiva, **y** una interpretacion familiar ha contribuido al caracter lamentable del debate ptiblico. El public° sostiene que los jueces conservadores obedecen la Constitucion mientras que los liberates tratan de reforrnarb seistin sus convicciones personales. Sabemos cual es la falacia en esa descripc iOn. Esta ignora el caracter interpretativo del derecho. Los jumes denominados liberates y aquellos llamados conservadores estan de acuerdo en cuales son las palabras que confor man la Constitucion como si se tratara de un text° preinterpretativo. Disienten acerca de que es la Constitucien como cuestion de derecho posinterpretativo, sobre que norinas despliega para probar los actos oficiales. Cada tipo de magistrado trata de hacer cumplir la Constitucion como ley, segsin su propio juicio interpretativo de aguello que es, y cada uno piensa que el otro esta trastocando la verdadera ConstituciOn. De modo que resulta intitil e injusto clasificar a los jueces segtin el grado de fidelidad a su jurarnento.

Tampoco es claro que la distincion popular entre jueces conservad ores y liberates sea una distincion Aquellos jueces que fueron considerados liberates al ser designados y luego, conservadores (F'elix Franlcfurter es el ejemplo mas citado) y los jueces que parecen conservadores en cierta forma porque toman decisiones que agradan a las personas de opiniones politicas conservadoras, parecen liberales, incluso radicales, en otra porque pasan por alto el precedente constitucional para hacerlo. (3) El derecho como integridad proporciona una clasificacion un tanto mas precisa a traves de su distincion analitica entre las dirnensiones de la interpretacion. Si i risistimos en ciasificar a los jueces a to largo de un espectro liberal/conservador, debemos distinguir las dos dimensiones por separado y cTear cuatro casilleros en lugar de dos. Un juez sera considerado conservador *en* la primera dimension si sus convicciones sobre la concordancia son estrictas: si, por ejemplo, requiere que cualquier interpretacion de la doctrina constitucional este de acuerdo con las convicciones concretas de los "autores" de la Constitucion o, de los magistrados anteriores de la Corte Suprema. Sera considerado liberal en la primera dimension si sus opiniones sobre concordancia son mas relajadas. Pod ria trazarse una distincien paralela a la dimension sustantiva. Un juez sera considerado conservador si las convicciones politicas que expresa al hacer una eleccion entre las interpretaciones aceptables sobre una base de concord ancia son aquellas que asociamos con el conservadurismo politico: si favorece una filosofia retributiva de castigo, por ejemplo, o la libre empresa en el ca mpo econOmico. Sera considerado liberal en esta dimen-sion si sus convicciones politicas son aquellas que suelen tener los liberates.

Este nuevo esquema clasificatorio es menos rigid° que la simple distincion entre jueces liberates y conservadores. Sin embargo, puede suceder que un

juez en particular no se adapte a solo dos de los cuatro casilleros que define. Puede combinar posiciones conservadoras sabre algunos aspectos de concordancia con opiniones mas retajadas sobre otros. Podria pensar, por ejemplo, que la Constitucion no puede ser interpretada como que prohibe que consideraban la pena de muerte inconstitucional en ciertas circunstancias. Otro juez podria cambiar estas premisas interpretativas; podria mostrarse muy interesado en las opiniones delos remotos autores y sin embargo estar ansioso por preservar la continuidad en la cadena de decisiones de la Corte Suprema sobre cualquier cuestidn. Y un juez podria combinar puntos de vista tradicionalmente liberales y conservadores sustantivos. El presidente del tribunal supremo Earl Warren, por ejemplo, tenia al parecer convicciones igualitarias sobre la justicia econ6mica y un enfoque conservador en lo referencea la pornografia. (4)

Historicism o

La intention del autor como significado del orador

La distincion entre jueces liberales y conservadores es por lo tanto inexacta y es improbable que pueda contribuir a una description seria de Ia adjudicacion constitucional. La erudition academica ha explorado recientemente una distincion diferente: esta divide a los jueces en dos campos: el interpretativo y el no-interpretativo. Sin embargo, estos nombres tambien pueden conducir a error. Sugieren una distincion entre jueces que creen que las decisiones cons& hicionales deberian tomarse solo o en su mayor parte, al interpretar la Constitution misma y otros que piensan que deberian basarse sobre un terreno extraconstitucional. (5) Esta es una forma academica del grave error popular de sostener que algunos jueces obedecen la Constitution y otros la pasan por alto. Con esto se ignora el caracter filosofico de la interpretation del derecho. Cada juez escrupuloso, en cualquiera de los dos campos supuestos, es un interprete en el sentido mas amplio de la palabra: cada u no trata de imponer la mejor interpretacion sobre nuestra estructura y practica constitucionales, para poder ver todo esto desde la mejor perspectiva posible. Disienten acerca de cual es la mejor interpretation, pero es un error analitico, una infection localizada dejada por el vigor semantic°, confundir esto con un desacuerdo sobre si Ia adjudication constitucional debe ser interpretativa. Los grandes debates sobre el metodo constitucional son debates dentro de Ia interpretation y no sobre su importancia. Si un juez cree que las intenciones de sus autores son mucho mas importances de lo que considera otro, este es el resultado de un desacuerdo interpretativo de base. El primero piensa que la equidad o la integridad requiere que cualquier interpretation razonable este de acuerdo con el estado mental de los autores; el ultimo no.

Sin embargo, resulta licit reparar la distinciOn academica en esta forma. Podriamos utilizar la expresion "historicista" para referirnos a aquellos que esta denomina interpretes. Un historicista se basa en un estilo de adjudication constitucional que limita las interpretaciones idoneas de Ia Constitution a los principios que expresan las intenciones historicas de los autores. No aceptara que la clausula de igual protection proscriba la segregation impuesta por el Estado a menos que quede convencido de que aquellos a quienes considera los

la pena de muerte porque los autores no pensaron explicitamente que estaban interpretan-do la pena capital a parar de la jurisprudencia norteamericana, y sin embargo, podria negarse a aceptar como argument° las decisiones anteriores de la Corte

autores, pensaban asi. 0, un porn mas debil, a menos que quede convencido de que los autores no pensaban que la clausula no proscribia la segregation. De hecho, la Derimmiarra Enmienda fue propuesta *por legicladnres* **rine** *rreian* **nn** estar proscribiendo Ia education racialmente segregada. El lider parlamentario de la carta de los derechos civiles que preced io la enmienda le comunice a la Camara que "derechos civiles no significa que todos los nihos asistiran a la misma escuela", (6) y el mismo Congreso siguio segregando las escuelas del distrito de Columbia despues de agregar la Decimocuarta Enmienda a la ConstituciOn. Para el historicista, la clausula de igual protection no hace inconstitucional a la segregacion.

A primera vista, el historicismo parece ser solo una forma constitucional de una teoria popular que estudiamos en el Capitulo 9: la teoria de que los estatutos deben ser interpretados segtin las intenciones de sus autores. Si lo entendemos como la version del significado del orador de dicha teoria, hace que los estados mentales de aquellos que debaiieron y sancionaron la ConstituciOn sean decisivos sobre la manera en que debe ser interpretado su lenguaje abstract°. Identifica para cada clausula un momento canonic° de creation, e insiste en que aquello que los autores pensaron entonces, sin importar to peculiar que pueda parecer ahora, agota la Constitution que tenemos. En el Capitulo 9 rechazamos la version del significado del orador de la teoria de intention legislativa per razones que tambien estan contenidas en el teatro constitucional. Consideramos una version diferente y mas atractiva: que los estatutos deberian ser interpretados como si estuvieran de acuerdo con las convicciones a partir de las cuales votaron sus autores. Cuando Hermes investigO dicha version descubrio que era necesario identificar y reconciliar conflictos dentro de las convicciones de cada legislador, at interpretar los antecedentes del legislador, y luego, combinar las convicciones reestructuradas de distintos legisladores individuales en un esquema de conviccion institutional, utilizando una formula apropiada para dicha combination. Pronto se dio cuenta de que seria mejor interpretar un estatuto en forma directa, preguntandose *que* conjunto de convicciones proporcionaria la mejor justification para ello en lugar de la mejor interpretation de los votos a su favor, pues ninguna formula para combinar convicciones individuales seria apropiada a menos que produjera el mismo resultado que una interpretation constructiva del estatuto mismo.

Un historicista que insiste en que Ia interpretation constitucional debe es-tar de acuerdo con las intenciones de los autores tendra las mismas dificultades que Hermes, y si es cuidadoso llegara a la misma conclusion. En primer lugar, dira que la Decimocuarta Enmienda debe ser interpretada en la forma que mejor sirva a las convicciones de los congresales y otros legisladores que votaron per ella. Luego, descubrira que estos estadistas tenian una variedad de opiniones political pertinentes a la segregation racial. Su conviccion dominante era abstracta: que la Constitution deberia requerir que la ley tratara a todos los ciudadanos como iguales. Esa es la conviccion que describieron en el lenguaje que exigia "igual protecciOn de las leyes". Muchos de ellos tenian tambien la conviccion de que la segregation racial no violaba dicho requisito, pero el historicista, que esta comprometido a cumplir con las

convicciones de estos en general, de-be preguntar si esa conviccion en concreto era coherente con Ia dominante, o era mas bien una mala interpretation, entendible en dichas circunstancias, de aquello que en realidad requeria la conviccion dominante. Si el historicista cree

que la segregation racial no concuerda con la concepciOn de igualdad que los autores aceni Iron a un nivel mas abstracto, pensara que la fidelidad a sus convicciones requiere que lIsegregacion sea considerada inconstitucional. (Puede tener una opinion distinta: que las circunstancias han cambiado de modo que a pesar de que la segregation era coherente con dicha concepciOn a fines del siglo XiX, ahora no lo es. Luego, tambien creera que la fidelidad exige que la segregacion sea declarada inconstitucional.) Seria una confusion filosofica, tanto aqui como en los casos estatutarios que consideramos en el Capitulo 9, negar que las convicciones de los autores podian haber estado en conflicto. Estaban comprometidos con el principio de que Ia ley debe tratar a todas las personas como iguales, y los compromisos son, en el lenguaje que utilice en dicho capitulo, transparentes y no opacos. Tenemos razones para pensar que los autores mismos lo entendian asi, que no creian que la ConstituciOn debia ser interpretada en forma opaca, o que nada podia violar la Decimocuarta Enmienda excepto aquello que ellos pensaban que la violaba. (7) Pero aun si pensaban que las constituciones deberian ser interpretadas como opacas, un historicista debera decidir si dicha conviccion era coherente con su conviccion mas abastracta y necesariamente transparente de que Norteamerica deberia tratar, a partir de entonces, a todas la personas como iguales ante la ley. (8)

De modo que el problema interpretativo de los historicistas no queda resuelto sino solo planteado al sefialar que los autores no pensaban que su clausula proscribia las escueias con segregation racial. Todavia debe recuperar sus convicciones mas abastractas al preguntar que concepcion se entiende que

e

stablecieron con respecto a tratar a las personas como iguales. Podria tratar de hacer esto para cada uno de los autores, al estudiar sus escritos y declaraciones pertinentes, si es que hay alguna, y sus vows en otras cuestiones. Pero seria mejor que mirara directamente la estructura general de las enmiendas que siguieron a la Guerra Civil que crearon todos en conjunto, considerada como parte del sistema constitutional mas general que dejaron en el Lugar, y preguntar que principios de igualdad son necesarios para justificar dicha estructura. Solo cuando ha identificado y refinado estos principios podra decidir, si, en su opinion, la opinion concreta de los autores sobre la segregation esta de acuerdo con sus convicciones Inas abstractas sobre igualdad. Si decide que no lo esta, su voto de fidelidad be exigiria que las ignorara. Su historicismo esta arruinado; esta lejos de tomar como referencia exclusiva aquello que los autores pensaron acerca de esa cuestion en particular.

Historia, equidad e integridad

Podriamos encontrar un caso mas fuerte a favor del historicismo al suponer que el historicista rechaza cualquier forma de la teoria del significado del orador y sigue el metodo tan distinto de Hercules para interpretar estatutos. No considera las declaraciones sobre la segregaciOn racial en los debates legislativos originates como claves de las convicciones o estados mentales in tern os sino come ..icesos politicos, y tiene una teoria politica que mejora la historia constitucionai cuando Ia Constitucion es interpretada exactamente como lo manifiestan estas declaraciones. iPero que teoria politica justificaria esa extrafia concluslim? Es facil War malos argumentos politicos que serian por completo Made

locales a ciertas cortes y periodos en particular como para permitir que el h istoricista los considere erro-res. No podemos simplemente rechazar esa declaracion por no ser ingeniosa, como si escondiera lo que en realidad es invencion en lugar de interpretacion. El argument° de la estabilidad es bastante independiente de cualquier punto de vista en particular acerca de la justicia o equidad de la .segregacion, la pena capi- tal, y la legislacion en contra del aborto, de modo que un juez que acepta un his-toricism° debil.pnede sentirse obligado a liar etectosTsus instintos y politicas.

Por lo tanto, debemos considerar el argumento de la estabilidad como un argument° de moralidad politica. Y este sostiene lo siguiente: una comunidad politica con una constitucion escrita sera mejor a largo play), una comunidad mas justa, equitativa y de mayor exit°, si asegura estabilidad al hacer que la co-rrecta interpretacion de esa constituckm dependa de las opiniones concretas de sus autores, sin importar cuan anticuados sean, en lugar de las decisiones inter-pretativas contemporaneas que pueden contradecirlas. iEst° es razonable? A veces, la certe2,a del derecho es mas importante que aquello que el derecho es; esto es cierto, por ejemplo, en cuanto a las reglas de transit° y tal vez, para las reglas que delinen derechos y obligaciones en papeles comerciales negocia-bles. Aunque no siempre es asi. El derecho como integridad es sensible al dife-rente valor marginal de la certeza y el grad° de prediccIOn en distintas circu ns-tancias. Cuando la certeza es en especial importante, como en el caso de instru-mentos negociables, el hecho de que una regla en particular haya sido reconoci-da y aplicada en casos anteriores proporcionara un fuerte argumento para el lu-gar que ocupe en la mejor interpretacion de esa parte del derecho. Cuando la certeza tiene una importancia relativa, su poder en el argumento interpretativo es mas debil; cuando sefiale esto por primera vez en el Capitulo 4, cite casos constitucionales como paradigmas.

derechos individuales contra el Estado y la nation: la libertad de palabra, el debido proceso en procedimientos criminales, el tratamiento de igualdad en la disposicIOn de recursos ptiblicos, incluyendo la education. La estabilidad en la interpretacian de cada uno de estos derechos tomados uno por uno posee una importancia practica. Pero como estas son cuestiones de principio, la sustancia es mss importante que ese tipo de estabilidad. En cualquier caso, la estabilidad crucial es la que corresponde a la integridad: el sistema de derechos debe interpretarse, hasta donde sea posible, como la expresion de una vision de justicia coherence. Podria ser que no se lograra esto a traves de una forma de historicismo debil que atara a los jueces a las opiniones concretas de los gobernantes historicos que crearon cada derecho, hasta donde puedan descubrirse estas opiniones concretas, pero les Aide que utilicen otro metodo de interpretation cuando los autores no tenian ninguna opinion o su opinion se perdi6 en la historia. Esa es una fOrmula segura para producir incoherencia en el esquema constitucional que genera, porque los autores en periodos diferentes tenian opiniones distintas sobre aquello que requiere la justicia, y porque los jueces que utilizan metodos no-hist6ricos cuando no se pueden recuperar estas opiniones, tendran opiniones concretas diferentes de las que tuvieron los autores. El historicismo fuerte ata a los jueces a las intenciones historicas concretas con mayor firmeza aun: les exige que traten estas intenciones como si agotaran toda la Constitucion. Pero esto es equivalente a negar que la Constitucion expresa principios, pues no se puede hacer que

El argumento politico del historicista se basa en la importancia de la certe-za cuando esa virtud es menos importante para el buen gobierno. Sobre algunas cuestiones constitucionales, importa mas que se establezca el derecho que sa-ber aquello que es el derecho. Es mucho mas importance que el terrnino del mandato de un presidente sea fijo y no abierto a consideracion por ia Corte Su-prema de tanto *en* tanto que saber con exactitud clue es el terrain°. La certeza es de la esencia y la cuesti6n debe estar aislada del interes propio y del oportunis-mo politico de corto plazo. Si los autores no lo hubiesen entendido, si no hubie-ran redactado sus decisiones organ izativas basicas en un lenguaje que solo ad-mitiera una interpretacion, su constitucion no habria sobrevivido para conver-tirse hoy en una jurisprudencia que es motivo de preocupacion. Sin embargo, no todas las cuestiones constitucionales son asi. En algunas, es mas irnportante que se llegue a un acuerdo, aunque no siempre importe mas que los detalles de ese acuerdo. Es obviamente fundamental para el funcionamiento de un sistema de gobierno federal que la adjudicacion del poder entre las jurisdicciones nacio-nales y locales sea lo mas precisa y estable posible. Pero tambien es importante saber a que unidad politica se le asigna un poder o responsabilidad en particu-lar: el poder de reglamentar una forma particular de comercio, por ejemplo, o la responsabilidad de financiar la educacian ptiblica o una politica de educacion di-recta. Cuando el derecho como integridad interpreta la practica constitucional para decidir de que manera la Constitucion distribuye una responsabilidad en particular entre sus jurisdicciones, toma en cuenta la estabilidad, pero tambien seltala que una decision podria concordar con el esquema general de federalis-m° que construye la practica.

Existe una tercera clase de cuestiones constitucionales cuyo balance es di-ferente. Algunas clausulas, de cualquier interpretacion aceptable, reconocen

los principios se detengan alli donde se detuvieron el tiempo, la imaginaci6n y el interes de un gobernante hist6rico. La Constitucion toma los derechos en serio; el historicismo no.

Pa sivi smo

Algunas confusiones familiares

Debe diferenciarse el historicismo de otra teoria de la practica constitucional de mayor influencia que denominare pasivismo. Sus partidarios hacen una distincion entre aquello que denominan un enfoque "activo" y uno "pasivo" de la ConstituciOn. Los jueces "pasivos" muestran una gran deferencia con respecto a las decisiones de otras ramas del gobierno, que es propia de un estadista, mientras que los "activos" declaran estas decisiones como inconstitucionales cada vez que no estan de acuerdo con ellas, y esto es Urania. He aqui una declaraciOn representativa *y* defensa del credo pasivo. "Las grandes clausulas constitucionales que invocan nuestros hermanos activos para destruir aquello que el Congreso, el Presidente o cualquier legislatura estatal ha hecho fueron redactadas en un lenguaje muy general y abstracto. Cada uno tendra una opinion diferente de lo que

la del debido proceso a la clausula de igual protection prohibe a los Estados

quisieron decir. Tampoco puede fijarse el sentido en la forma que piensan los historicistas. es decir, at consultar las intenciones concretas de los autores, porque los autores a menudo no tenian ninguna intencion pertinente y no tenemos ninguna manera confiable de descubrir que intenciones tenian. En estas circunstancias, la teoria democritica insiste en que las personas misrnas deberian decidir si la ConstituciOn proscribe la segregaciOn, garantiza Ia li bertad de aborto o prohibe la pena de muerte. Eso significa permitir **a las legislaturas estatales y nacionales la Ultima palabra** en estas euestinnea Las personas solo pueden invalidar a la Corte Suprema por el dificil e inverosimil proceso de una enmienda constitucional que, de **cualquier manera, requiere algo mss que una simple mayoria.** Pueden veneer a la legislatura **en Ia siguiente eleccIOn. (11)**

Sin embargo, esta declaration del pasivismo mezcla otras cuestiones, y debemos comenzar nuestra inspecciOn distinguiendolas. Parece responder a tres cuestiones diferentes a la vez. La primera es la cuestion de Ia &anciet. eQuien debe hacer una Constitucion? AEI derecho fundamental debe ser seleccionado por jueces no elegidos, designados de por vida o de alguna manera democratica por legisladores elegidos por el pueblo y responsables ante el? La segunda es la cuestiOn jurisdiccional. 2Que institution, bajo el esquema politico **norteamericano, tiene la autoridad de decidir que requiere en realidad la actual Constitucion, correctamente interpretada? La tercera es la cuestion legal.** *eQue* **requiere en realidad la Constitucion, correctamente interpretada? Algunos pasivistas creen que responden a la segunda cuestion; Ia mayoria acttia como si respondiera a la primera. Pero la tercera, la cuestion legal, es la cuestion a la que deben dirigirse si quieren que su teoria tenga una importancia practica.**

Marbury contra Madison resolvio la segunda cuestion, la el aborto y no existesmasuassmiaiQuieztealf695=stitucionalistas acerca de coma resolver esa cuestion, un convencionalista debe negar que la Constitucion prohibe dicha legislation como una cuestion legal. De modo que un convencionalista que haya declarado que la Corte Suprema deberia declarar inconstitucionales los estatutos en contra del aborto, de hecho, estaria suponiendo que el derecho fundamental de una nation deberia ser redactado por funcionarios designados para el ejercicio de por vida y revisado solo por mayorias extraordinarias requeridas por el proceso de enmiendas. Pero eso solo agrega otro argumento a los sefialados en el Capitulo 4 de por que el convencionalismo es una mala interpretacion del derecho norteamericano; si el pasivismo depende del convencionalismo, ya lo hemos rechazado. Baja el derecho como integridad, las cuestiones constitucionales polernicas necesitan una interpretacion y no una enmienda. Cortes y legislaturas, funcionarios y ciudadanos hacen frente a estas cuestiones bajo la suposicion reguladora de que una interpretacion (un punto de vista sobre aquello que requiere la libertad de palabra, la protection equitativa o el debido proceso) proporciona una mejor justificacion de la practica constitucional permanente que cualquier otra: es decir, que una interpretackin es una mejor respuesta a la tercera cuestion, la cuestion de derecho. Par supuesto que las cuestiones del primer tipo, cuestiones de sancion, son apropiadas en algunos contextos. Tal vez la nation no deberia tener la ConstituciOn que tiene; tat vez no deberia continuar siendo gobernada por los principios que proveen la mejor justification de su historia constitucional hasta el momento. Pero la Constitucion es innegablemente clara acerca de coma estas cuestiones de sancian deben ser decididas. Son cuestiones de enmienda y no de interpretacion y la Constitucion es clara en cuanto a que no deben sancionarse las enmiendas en la forma desatinada que prescribe. Tal vez eso fue en si un error. Quiza, contrario a to que piensa en la actualidad la mayoria de los norteamericanos, una mayoria contemporanea deberia tener el poder de cambiar el derecho fundamental, por ejemplo, por un *referendum.* Pero esa tampoco es nuestra cuestion.

jurisdiccional, por lo menos para un futuro previsible: Ia Corte Suprema, de buen o mal grado, debe decidir por si misma si la Constitucion prohibe a los Estados considerar criminal el aborto en determinadas circunstancias. El pasivismo dice que la Corte debe ejercer ese poder al adoptar la respuesta de la legislatura como pro-pia, pero ese consejo es valid° solo si proviene de la respuesta correcta a la tercera cuestiOn, es decir, la cuestiOn legal. Si la respuesta correcta a dicha cuestion es que Ia Constitucion prohibe a los Estados considerar criminal el aborto, entonces ceder ante la opini6n de una legislatura contraria seria *enmendar* la Constitucion en Ia forma que el pasivismo considera consternante. La primera cuestion, Ia cuestion de la sancion, depende de la tercera, Ia cuestion legal, en la misma forma. Pero la importancia de esa atractiva propuesta presupone, una vez msss, una respuesta en particular a la cuestion legal. Si Ia Constitucion, correctamente interpretada, no prohibe la pena capital, entonces es obvio que un juez que haya declarado que es inconstitucional que los Estados ejecuten criminales seria cambiar la Constituci6n. Pero si la Constitucion, correctamente interpretada, prohibe la pena capital, un juez que se haya negado a eliminar estatutos estatales que provean la pena de muerte estaria cambiando la Constitucion por mandato, usurpando autoridad y desafiando el principio constitucional. La cuestion del derecho, en otras palabras, es inevitable. Debemos entender el pasivismo para declarar que, como cuestion de derecho, las clausulas abstractas de Ia Constitucion no otorgan a los ciudadanos ningan derecho excepto los derechos concretos que provienen indiscutiblemente del lenguaje de estas clausulas solamente. De lo contrario, toda su indignation sobre la usurpation judicial, todo su fervor por la democracia, es irrelevante a Ia practica legal, una confusicin que proviene de tomar indicios falsos.

Si el convencionalismo estricto fuera la mejor interpretation general de la practica legal norteamericana, ese punto de vista au stero de los derechos constitucionales seria el hecho correcto. Como es polemic°, el hecho de si la clausu-

eEl pasivista puede defender su respuesta austera a la cuestion legal sin tener que apelar al convencionalismo? Algu nos pasivistas se basan en el escepticismo. Sostienen que la mejor interpretacion de las clausulas abstractas de la ConstituciOn, incluso bajo el derecho coma integridad, es la interpretacion esceptica de que estas no permiten y prohiben nada rugs alla de lo que surge a partir de la interpretaci6n mas estricla de su lenguaje. Si eso fuera cierto, cualquier decision de la Corte sabre el aborto, por ejernplo, seria una enmienda constitucional no reconocida. Entonces, la cuestion de la sancion seria relevante: podria Ilegar a ser mejor, porque de alguna manera seria mas democratic°, que la Corte

aceptara el enfoque de una legislatura estatal acerca de como debe ser enmendada la Constitucion en lugar de imponer su propia opinion contraria. Pero el pasivista tiene algun argumento para su escepticismo?

El argumento que tiene en mente es bastante familiar; ya to hemos vista antes: "Una persona considerara queuna interpretacion de la clausula de debido proceso o de la protection equitativa es mejor que otra solo porque tree que una teoria de justicia o igualdad es mejor que otra. Pero las teorias de justicia e igualdad solo son subjetivas; no existe una respuesta correcta sobre coal es la

mejor, solo respuestas diferentes.' (12) Sin embargo, si esto es una apelacion at escepticismo extern acerca **de la** moralidad politica, es irrelevanievarajapracc___ tica constitucional por las razones que estudiamos en el Capitulo 2 y otra vez en el Capitulo 7. Y tambien es contraproducente, porque supone que existe una respuesta correcta a la cuestion que se plantea, la cuestion de equidad sobre cuyas opiniones deberia gobernar cuando una cuestion es solo una cuestion de opinion. Si el escepticismo del pasivista es en cambia un escepticismo global interno sabre la moralidad en general, entonces es enteramente dogmatic°, porque no proporciona ninguno de los argu mentos morales que exige el escepticismo moral interno, y sigue siendo contraproducente porque exime su propia posiciOn moral, de que es mas equitativo que una legislatura realice las enmiendas constitucionales en lugar de una Corte, por su escepticismo depurador.

la
respuesta correcta a todas las preguntas sabre los derechos politicos de las

minorias es que no existe una respuesta correcta, entonces coma puede haber una respuesta correcta a la pregunta de cuales opiniones deberian gobernarnos? Por toda su popularidad, el argumento del escepticismo es totalmente inadecuado.

Justicia, equidad y gobiermo par mayoria

De modo que el pasivismo no tiene ningtin atajo a la respuesta negativa que siempre da en casos constitucionales polemicos. Supone que todas las clausulas abstractas que garantizan los derechos individuales contra las decisiones mayoritarias son correctamente interpretadas en forma muy detallada, y que solo prohiben aquello que su lenguaje prohibe de manera indiscutible. Debe defender dicha suposiciOn por medio de un argumento interpretativo del tipo que requiere el derecho como integridad. Esa interpretacion detallada es una interpretacion valida de la practica constitucional norteamericana? Se adapta mejor a dicha practica que el historicismo, au nque no se adapte muy bien: muchas decisiones anteriores de la Corte Suprema, incluyendo la de Brown, no podian ser justificadas con una descripciOn pasivista y por lo tanto, tendrian que ser consideradas como errores. Por otra parte, la mayoria de los abogados piensa que algunas de las decisiones a las que el pasivismo no se ajusta eran equivocadas: el caso Dred Scott, (13) donde los jueces rompieron el *Missouri Compromise* porque pensaban que los duenos de esclavos poseian derechos protegidos por la ConstituciOn sabre sus esclavos, y el caso Lochner, (14) en el cual sostenian que si un Estado limitaba el ntimero de horas que un panadero podia llegar a trabajar corrido violaba la libertad. Y la doctrina pasiva ha tenido un apoyo considerable en las opiniones judiciales y tratados cientificos en casi todas las eta-pas de la historia constitucional. Por to tanto, podriamos pensar que el pasivismo pasa la prueba inicial de concordancia en la primera dimension *de* interpretacion; por lo tanto, deberiamos dedicarnos a la cuestion mas compleja de que sucede con las demas pruebas. La practica constitucional seria de alguna manera mas solemne si las restricciones constitucionales fueran muy estrechas, permitiendo asi que las legislaturas hicieran todo lo que quiere la mayoria?

Esa pregunta exige un juicio complejo cuya estructura ya hemos estudiado en capitulos anteriores. Reconocemos distintas virtudes polificas, que pueden rivalizar unas con otras, al decidir que interpretaciOn de la clausula de la protec-

constitu-cional ampliamente entendida. El pasivismo no se adapta muy bien a esa pried-ca y solo la muestra desde su mejor perspectiva si suponemos que como una cuestion de justicia los individuos no tienen derechos contra las mayorias poll&: cas, que no pertenece a nuestra cultura constitucional, o que la equidad, defini-da en una forma especial que ridiculiza la idea misma de los derechos constitu-cionales, es la virtud constitucional mas importante. Si rechazamos esas ideas nada atracdvas, rechazarnos el pasivismo. E",so significa que debemos aceptar la teoria opuesta, la teoria que los pasivistas denominan "activismo"?

El activism° es una forma virulenta del pragmatismo IegaL Una justicia ac-tivista ignoraria el texto de la Constitucion. la historia de su sancion, las decisio-nes previas de la Corte Suprema al interpretarla, las viejas tradiciones de flues-tra cultura politica. Ignoraria todo esto para poder imponer su propio punto de vista sobre que requiere la justicia en otras ramas del obierno. El derecho co-ma integridad condena el activismo y cualquier practica de adjudicacion cons&: tucional que se le parezca. I nsiste en que la justicia hace curnplir la Constitucion a traves de la interpretacion, no *fiat,* y esto quiere decir que sus decisiones de-ben adaptarse a la practica constitucional y no ignorarla. Un juicio interpretativo compromete la moralidad politica, en la forma compleja que hemos estudiado en varios capitulos. Pero no solo da efecto a la justicia sino tarnbien a una varie dad de virtu des politicas, algunas de las cuales emal en conflict° con otras o las verifican. Una de estas es la equidad: el derecho como integridad es sensible a las tradiciones politicas y la cultura de una nacion y por lo tanto, a una concep-clan de equidad adecuada para una Constitucien. alternativa al pasivismo no es un activism° cnido atado solo al sentido de justicia un juez, sino un juicio mucho mas discriminatorio y fino que da lugar a varias virtudes politicas pero que, a diferencia del activism o el pasivismo, deja fuera la tirania.

Hemos terminado nuestra breve revisien del estado actual de la teoria constitucional academica en los E'stados Unidos. Una tiltirna observacion po-dria resultar did. He estado argumentando en contra del historicism° y el pasi-vismo como interpretaciones generales de la practica constitucional norteame-ricana. No he dicho que cada nacion debe tener una Constitucion escrita con disposiciones abstractas sobre los derechos individuales o que cada una de esas constituciones debe ser interpretada por una Corte cuyos miembros sean elegidos de la misma manera que los jueces de la Corte Suprema Puede haber muchos otros arreglos que no sean los que ahora estin fijos en la practica legal norteamericana, y algunos pueden ser much° mejores desde el punto de la teo-ria ideal. En este punto de nuestro argumento general, nos enfrentamos a una cuestiem interpretativa de teoria ord inaria y no ideal. Los jueces y abogados nor-teamericanos necesitan una interpretacion de la practica constitucional que po-seen, una buena interpretacien conjunto, juzgada sobre las dimensiones de cualquier interpretacion.. El pasivismo y el historicism no pueden proporcio-nar una interpretacion razonable. Pero podemos aprender de su fracaso: debe-mos sospechar, a *priori,* de cualquier estrategia interpretativa con un sTlhio pro-pesito para decidir que es una Constitucion. Una vez mas esti listo el escena-rio, gracias a esa amigable advertencia, para un nuevo analisis.

Hercules *en* el Olimpo

Hercules logra su promocion a pesar de la extraordinaria y a veces tediosa duracion de sus opiniones en las cortes inferiores. Ingresa en la Corte Suprema de los Estados

Unidos como el J uez Hercules. Supongamos que el caso Brown, el ultimo de los casos citados coma ejemplo en el Capitulo 1, atin no fue decidi-do. Ahora llega a la Corte de Hercules en la postura que tome en 1953. Los esco-lares demandantes sostie nen que el esquema de escu eIa s ptiblicas con segrega-chin racial de Kansas es inconstitucional porque les niega la igual proteccion de la ley a pesar de la larga historia de dicho esquema a traves de los Estados del Sur y a pesar de la aparente decision contraria de la Corte en un caso donde se plante.aron las rnismas cuestiones de principio, Plessy contra Ferguson, que ha estado vigente desde 1896. (17) eCemo responde a estos reclamos el campeen del derecho como integridad?

La Constitucion es, despues de todo, un tipo de estatuto, y Hercules tiene una manera especial de considerar los estatutos. Interpreta cada uno de ellos de modo que su historia sea la mejor posible, teniendo todo en cuenta. Eso requie-

juicios politicos, pero egos son especiales y complejos y de ninguna manera ios mismos que haria si tuviera que votar en el caso de un estatuto que tratara las mismas cuestiones. Sus propias convicciones sobre la justicia o la buena po-litica estan restringidas en su propio juicio interpretativo, no solo por el texto del estatuto sino tambien por una variedad de consideracione,s de equidad e in-tegridad. Seguira utilizando su estrategia en su nueva posicien, pero coma la Constitucion es un estatuto muy inusual elaborara una aplicacion especial de la estrategia para casos constitucionales. Desarrollara su estrategia para estatutos y la convertira en una teoria de adjudicacion constitucional.

La Constitucion tiene una gran diferencia con los estatutos ordinarios. La Constitucien es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretacien de Hercules de todo el documento, y de sus clausulas abstractas, tambien debe ser fundamental. Debe adaptarse y justific.ar los arreglos basicos del poder poli-tico de la comunidad, lo que significa que debe ser una justilicacion que surja de los alcances mas filoseficos de la teoria politica. Los abogados siempre son filo-solos, porque la jurisprudencia es parte de la descripcion de cualquier abogado sobre que es el derecho, incluso cuando la jurisprudencia es mecanica y dificil de distinguir. En la teoria constitucional, la filosofia esta mis cerca de la super-ficie del argument() y, si la Leona es buena, se hace explicit° en ella.

Es hora de repetir una de las advertencias que hice anterioremente. Hercu-les sirve a nuestro proposito porque puede concentrarse *en* las cuestiones de principio que, segtin el derecho come integridad, constituyen el dexecho consti-

tucional que administra. No necesita preocuparse por la presiOn del tiempo y del sumario, y no tiene problemas, a diferencia de cualquier juez mortal, para h¯elenguaje y el argumento que sean lo suficientemente discriminatorios como para hacer las modifications que crea necesarias en sus caracterizaciones iniciales del derecho. Ahora podemos agregar que tampoco se preocupa por el problema practico que es muy serio en los casos constitucionales. Un juez de verdad debe a veces ajustar aquello que considera correcto como una cuestion de principio, y por lo tanto como una cuestion de derecho, para poder **ganar los** votos de los otros jueces y hacer que su decision conjunta sea bastante aceptable para la comunidad de modo que pueda seguir actuando en el espiritu de una comunidad de principio, a nivel constitucional. Utilizamos a Hercules para hacer una abstraccion de esas cuestiones practicas, como debe hacerlo cualquier analisis valid°, para que podamos ver que compromisos los jueces verdadros consideran necesarios coma vinculos con el derecho.

Teorias de igualdad racial

Ahora estamos interesados en la teoria del trabajo de Hercules de aquellas partes de Ia Constitution que declaran los derechos individuales constitucionales contra el Estado, y en particular, en su teoria de la clausula de igual proteccion. Hercules comenzari con la idea igualitaria abstracta ya discutida en el Capitulo 8. Esta sostiene que el gobierno debe tratar a todos sus ciudadanos como iguales en el siguiente sentido: las decisiones y acuerdos politicos deben mostrar igual preocupacion por el destino de todos. En el Capitulo 8 consideramos la forma en que un Estado que respetara ese principio abstracto deberia distribuir y reglamentar el use de la propiedad privada. Distinguimos varias concepciones de igualdad (concepciones liberales, utilitaristas y basadas en el bienestar y en los recursos) cada una de las cuales proporcionaba una respuesta diferente a esa pregunta. Tambien sertalamos una distincion que aqui debemos elaborar.

Hicimos la distincion entre las estrategias generales, colectivas, que un gobierno utiliza para asegurar el interes general coma una cuestion de politica y los derechos individuales que reconoce, coma una cuestion de principio, coma triunfos sabre esas estrategias colectivas. Hercules plantea ahora una pregunta olvidada y de fundamental importancia para Ia teoria constitucional. ¿Hasta que punto la Constitution limita la libertad del Congreso y de los distintos Estados para tomar sus propias decisiones sobre cuestiones de politica y de principio? eta ConstituciOn, correctamente interpretada, establece una concepcion de igualdad en particular que cada Estado debe seguir en sus juicios politicos colectivos, en su esquema general de distribution y reglamentacion de la propiedad, por ejemplo? 1Si no fuera asi, estipula, en nombre de Ia igualdad, algunos derechos individuates que cada Estado debe respetar, coma triunfos sabre sus decisiones politicas colectivas, sea cual fuere la concepcion de igualdad que el Estado haya elegido?

Estas son preguntas separadas y su distincion es importante. Hercules res-

ponders primero en forma negativa. La Constitution no puede ser interpretada coma si exigiera que la nasidaysAdalistadonaconcepcio$_n$ de igualdad utilitaria, liberal, de igualdad de recursos o de cualquier otro tipo para fijar estrategias con el objeto de conseguir el bienestar general. La Constitution insiste en que cada jurisdiction acepte el principio igualitario de que las personas deben ser tratadas coma iguales y que por lo tanto, cada una debe respetar una concepcion *razonable* de igualdad en cada una de sus decisiones sabre Ia propiedad y otras cuestiones de politica. (Esa norma constitucional relativamente permisiva es por lo menos parte de aquello que los abogados constitucionalistas denominan, un tanto equivocadamente, el requisito de "racionalidad".) La segunda pregunta, acerca de los derechos constitucionales individuales sabre cualquier justification colectiva, es una cuestion diferente. Hercules llegara a esta conclusion a partir de la historia y la practica constitucionales: a pesar de que la Constituci6n deja en libertad a cada Estado en cuestiones de politica, sujeto solo a la restriction que acabamos de describir, insiste en que cada Estado reconozca ciertos derechos que califiquen cualquier justification colectiva que utilice, cualquier punto de vista que adopte del interes general. La cuestion interpretativa crucial es entonces saber cuales son estos derechos.

Hercules se preocupa ahora por un conjunto de derechos constitucionales putativos. Parece evidente que la Constitucian otorga mandato sobre un derecho individual para que no sea victima de una discriminaciOn racial oficial, impuesta par el Estado. zPero cual es el caracter y cuales las dimensiones de dicho derecho? Hercules elabora tres descripciones de un derecho contra la discriminacien racial. Probara cada uno como una interpretation competente de la practica constitucional bajo Ia Decimocuarta Enmienda.

1) *Clasificaciones sospechosas.* La primera description supone que el derecho en contra de la discrimination es solo una consecuencia del derecho mss general que tienen las personas de ser tratadas coma iguales segtin Ia concepcion de igualdad que sostenga su Estado. Supone, en otras palabras, que las personas no tienen el derecho de ser victimas de la discrimination racial o de cualquier otro tipo masalla de aquello que ya exige la restriction racional. Si un Estado adopta en forma general una postura acerca del bienestar general, coma la propuesta por el utilitarismo o la igualdad de recursos en el ejemplo del mercado, donde las ganancias *de* unos estan equilibradas por las perdidas de otros, entonces cumple con la norma constitucional en contra de la discriminaci6n al contar el bienestar de cada uno a las elecciones en la misma forma. La rata y otros rasgos de distincion similares son especiales solo porque la historia sugiere que algunos grupos son mss propensos a que se les niegue la consideration debida, de modo que las decisiones politicas que acttian en su contra deberian ser tomadas en cuenta con especial sospecha. A pesar de que las cartes revisaran las decisiones politicas que beneficien mss a unos grupos que a otros, a me-nos que se demuestre que son "irracionales" en la forma descrita, inspeccionara estos decisiones con mayor atencion cuando las minorias historicamente maltratadas se encuentren en desventaja.

A pesar de ello, la norma requiere que solo estos grupos reciban la consideraciOn adecuada en el balance general, y un Estado puede cumplir con esa nor-ma a pesar de tratarlos de manera distinta que otros. Podria, por ejemplo, llegar a justificar la segregaciOn en las escuelas demostrando que la integration pro-

porcionaria un medio educative inferior porque ultrajaria antiguas tradiciones de separation racial y el dano prod ucido a los ninos blancos seria muy superior a Tctia Muier gmancia que pudteran ootener los miles negros, aun si estas ganancias se consideran de igual importancia en si mismas, nifio por niiio. Podria agregar que las instalaciones asignadas a los negros, a pesar de estar separadas, son de igual calidad. 0, si no son iguales, que no pueden ser mejoradas salvo un gasto especial que co nsideraria, en el calculo general, mas importantes los intereses de cada nifio negro que los intereses de los ninos blancos que son mas.

2) *Categories prohibidas.* La segunda teoria en la lista de Hercules insiste en que la ConstituciOn reconoce *un* derecho bien definido en contra de la discriminacion como un triunfo sabre la concepciOn de cualquier Estado acerca del interes general. Este es el derecho que ciertas propiedades o categorias, incluyendo Ia raza, los antecedentes etnicos y tal vez el genero, no sean utilizadas para distinguir grupos de ciudadanos para un tratamiento diferente, aun cuando esta distinciOn adelantaria el interes general sobre una conception de lo contrario permisible. Un sistema escolar con segregaciOn racial es inconstitucional bajo toda circunstancia.

3) *Fuentes prohibidas.* La tercera teoria reconoce un derecho especial y diferente en contra de la discriminaciOn. la mayoria de las conceptions de igualdad, incluyendo el utilitarismo y la igualdad de recursos, hacen que el interes public°, y por lo tanto la politica correcta, sea sensible a los gustos, preferencias y elecciones de las personas. Una comunidad comprometida con esta conception pensara que ciertas decisiones politicas son validas solo porque las preferencias y elecciones estan distribuidas en una forma en particular: el hecho de que la mayoria de la gente quiera estadios deportivos en *lugar* de teatros liricos, o que aquellos que quieren el estadio lo quieren mucho mas, justificaran esa election, sin ninguna suposiciOn de que aquellos que lo prefieren son mas sos o sus preferencias son mas ad mirables. La tercera teoria insiste en que las personas tienen el derecho, contra este tipo de justification colectiva, de que ciertas fuentes o tipos de preferencias o elecciones no cuenten en esa forma. Insiste en que las preferencias basadas en algiin tipo de prejuicio en contra de un grupo nunca pueden contar a favor de una politica que incluya la desventaja de dicho grupo. Este derecho, al igual que el derecho propuesto por Ia segunda teoria, condena el programa de education con segregation racial presentado en el caso Brown, aunque no en forma tan automatica. La segregaciOn trata a los negros en forma distinta, y la historia demuestra que la base del tratamiento diferente yace en el prejuicio. De mode que segtin la tercera description, no se puede evitar Ia segregaciOn con el tipo de argumento que pensamos podria evrtarla en la primera description. No tendria importancia que un calculo que considerara todas las preferencias de cada persona con Ia misma importancia, incluyendo aquellas basadas en el prejuicio, podria demostrar que la segregation era en pos del interes general, asi entendido.

Cuando Hercules considera cada una de estas teorias sobre la fuerza del requisito de la Decimocuarta Emnienda sobre Ia igual protection, utilizara la distincion que usatnos en el Capitulo 8. Hare la distincion entre la elaboracion academica y la elaboracion practica de cada teoria: no solo preguntara cual es el airactivo abstracto de cada teoria, tal como la elaboraria y aplicaria un sofistica-

seria suficiente: seria necesario demostrar que la clasificacion estaba justificada por preferencias populares sin ningtin tipo de prejuicio, o pronorcionar una **forma** distinta **de** justification que no se basara en las preferencias. La tercera Leoria, aun cuando es elaborada en esta forma, es tambien diferente de la segunda, de las categorias prohibidas. Ambas se separan al enfrentar la legislacion cuyo propOsito y efecto es beneficiar a las personas que historicamente han sido victimas del prejuicio, y no daliarlas. La teoria de las Fuentes prohibidas haria una distincion entre programas de action afirmativa destinados a ayudar a los negros y las leyes de Jim Crow, destinadas a mantenerlos en un estado de subyugacion econamica y social. La teoria de las categorias prohibidas trataria ambos en la misma forma.

La decision del caso Brown

eQue teoria es la teoria de la Constitucion?

Hercules esta listo para probar estas ties descripciones del derecho constitucional contra la discriminaciOn al preguntar hasta que punto cada una de ellas se adapta y justifica, proveyendo asi una interpretacien valida a la estructura y la practica constitucional norteamericana. Hercules rechazara la primera teoria, que niega cualquier derecho especial contra la discrimi naciOn e insiste solo en que el bienestar o las preferencias de cada ciudadano sean considerados en la misma escala, sin restriction en cuanto a la fuente o el caracter. Tal vez, esta teoria habria sido inadecuada bajo pruebas de equidad y adaptation en algtin momenta de nuestra historia; tat vez habria sido adecuada en el momenta en que se decidi6 el caso Plessy. Ahora no es adecuada, y tampoco to fue en 1954 cuando Hercules tuvo que decidir el caso Brown. No cuenta con mucho apoyo de parte de los ideales de la equidad politica. El pueblo norteamericano la habria rechazado casi en forma unanime, aun en 1954, por no ser teal a sus convicciones sabre justicia racial. Las personas que apoyaron la segregation racial no trataron de justificarla apelando al hecho de sus preferencias, tal como podrian apoyar una decision a favor de un estadio deportivo en lugar de un teatro de Opera. Pensaban que la segregaciOn era voluntad de Dios, o que cada uno tenia el derecho a vivir con su propia gente, o alga parecido. Y aquellos que se opusieran a la segregation tampoco basaron su caso sabre calculos de preferencia irrestricta: no habrian considerado mas fuerte el caso de Ia segregation si hubiesen sido racistas o si los racistas se deleitaran mas con el. Hercules tambien considerara inadecuada en to concerniente a la justicia la primera descripciOn, de modo que la descartara si alguna de las otras dos se adapta a la practica constitucional de manera tat que pueda ser aceptable.

Necesita desarrollar su teoria de Ia adjudicaciOn constitucional con los suficientes detalles coma para decidir el cast) Brown, de modo que no tendria que hater una election entre las categorias prohibidas y las Fuentes prohibidas, la segunda y la tercera

teoria de su lista. Ambas condenan la segregaciOn racial dentro de las escuelas conforme fire avalada par el gobierno. Ambas se adaptan lo suficiente a las pautas de las decisiones anteriores de la Corte y la estructura

general de Ia ConstituciOn como para ser aceptables. Ambas eran coherentes, en 1954, con las actitudes eticas difundidas en Ia comunidad; ninguna teoria se adapto mejor a estas actitudes que la otra, porque la dilerencia entre ellas solo aparece a un nivel de analisis que la opinion popular aun no se habia visto forzada a alcanzar. El creciente sentimiento en los Estados Unidos de que la segregaciOn racial era errOnea en principio, par ser incompatible con Ia decencia el tratar una raza coma inherentemente inferior a otra, puede apoyarse ya sea sabre Ia base de las Fuentes prohibidas, de que algunas preferencias deben ser pasadas por alto en cualquier calculo aceptable de lo que mejora en su conjunto a la Constitucion, o sabre la base de las categorias prohibidas, de que aigunas propiedades, incluyendo la raza, nunca deben ser Ia base de una distincion legal.

Hercules esta entonces listo para (altar a favor de los demandantes: **Ia** se gregacion racial impuesta por el Estado en la education es inconstitucional. Sabe que los congresistas que propusieron la Decimocuarta Enmienda tenian una opinion diferente, la cual fue declarada en la historia legislativa official. Pero par razones que setialamos at describir el historicism° y el pasivismo, no cree que esto importe mucho ahora. No puede ser evidencia de cualquier opinion contemporinea profunda y dominante a la cual deba referirse por razones de equidad. to vieja historia legislativa ya no es un acto de la nation personificada declarando atgun proposito public° contemporaneo. Tampoco es el tipo de cuestion donde es mas importante que

este establecida Ia practica institucional que el hecho de que esta este establecida en la forma correcta. La Corte ya ha dada razones, en casos anteriores, para que las personas du den de que las pautas establecidas de distincion racial seguiran estando protegidas mucho tiempo mas. (18) Los escolares demand antes estan siendo engaitados en lo que respects a aquello que la Constitucion, correctamente interpretada, define como una postura independiente e igual en la republica; este es un insult() que debe ser reconocid o y eliminado. De modo que si el caso Messy es realmente un precedente contra la integration, ahora debe ser invalidado. Todo conspira contra la misma decision. Las escuelas ptiblicas con segregaciOn racial no tratan a los estudiantes negros como iguales bajo cualquier interpretation competente de los derechos que Ia Decimocuarta Enmienda despliega en nombre de Ia igualdad racial, y por to tanto, la segregacion oficial es inconstitucional.

clan territorial; deben volver a asignarse tanto maestros como alumnos y los costos personales de estas decisiones seran variados y dificiles. Los problemas cior las reacctones via en s serin--r-M—'frrtastes y enaam zadores. La segrega-clan racial de largos altos es una parte importante de las vidas de aquellos que desean manteneria; su sentido de identidad se ve amenazado por cualquier de-bilitamiento sustancial de la segregacion y estas son las semillas tanto de la vio-lencia como de la desesperaciOn. Un proceso de cambio gradual podria mejorar aunque no resolver por

Derechos y recur=

Ahora viene la cuestiOn de los recursos.4Debe Hercules votar para proscribir las escuelas segregadas de inrnediato, de modo que todas las escuelas de distrito ahora segregadas terminen prontamente con la segregation? $_4$O debe votar por un proceso de cambio mas gradual, en cuyo caso tendra que encontrar algtin lenguaje para describir que plazas se permitiran? He aqui algunosargumentos a favor del retraso. Un sistema escolar no puede revertir estructuras institucionales importantes de la n oche a Ia manna. Si las escuelas segregadas en junio tratan de reabrir sus puertas en setiernbre como escuelas integradas habra caos, y la education de un grupo de estudiantes, tanto negros coma blancos, se vera datiada o quedara destruida. Deben trazarse nuevos limites de captacion y puede ser dificil respelar la tradition do vecindarios a incluso **la** educa-

completo estos problemas.

Una persona que revisara estos argumentos podria describir su resultado de la siguiente manera. "El derecho requiere que se elimine la segregacion de inmediato, pero varias razones de politica practica como las que se acaban de describir aconsejan en contra de ello, de modo que Hercules debe decidir si de-be o no comprometer el derecho con la politica." Sin embargo, esta descripcion es en parte erronea; algunas de las razones para la postergacion que mencione son razones de politica practica del tipo que sefiale que Hercules no

atenderia, a pesar de que los jueces de verdad podrian tener que hacerlo, pero otros se refie-ren a la cuestion de principio, la cuestion de que es lo que requiere la Constitu-cleft como una cuestion de derecho. Cualquier interpretacion razonable de los derechos que tienen las personas bajo la ConstituciOn debe ser lo suficiente-mente compleja como para referirse tanto al recurs° como a la sustancia. De modo que la decision de Hercules sabre el recurs° es una decision de derecho, una decisiOn sobre los derechos secundarios que tienen las personas en cuanto al metodo y la manera de hacer cumplir sus derechos primarios sustanti-vos. (19) Herc-ules debe decidir, como una cuesti6n inicial general, si la mejor interpretaciOn de las practicas de recursos de las cortes en general y de la Cor-te Suprema en particular insiste en que los derechos de las personas a los recur-sos sean sensibles a las consecuencias. Hercules decidira que asi es: el objetivo de la adjudicacion constitucional no es solo nombrar derechos sino asegurarlos y hacerlo por aquellos a quienes corresponden esos derechos.

De forma tal que debe preguntar que decision procesal sera la mejor para proteger a los escolares negros que buscan una educacion integrada, y descu-brira que exigir una integraciOn inmediata no es la solucion adecuada. Pero a pesar de que su decision debe ser sensible a las consecuencias, tambien debe discriminar entre las consecuencias y asi tratara los problemas mecanicos y tec-nicos de la integracion en forma diferente del problema de la amenaza de una reaccion violenta, por deferencia a esto tiltimo, recompensara actos y actitudes que la Constitucion proscribe y deplora. La decision de Hercules, ni siquiera so-bre el recurso, no es simple o directamente de consecuencia tal como lo seria una decision politica comtin. Su intenci6n es desarrollar una teoria general de ejecucion que se adapte y justifique el poder que la ConstituciOn le otorga, y es-to significa una teoria que no contradiga a traves del procedimiento aquello que el document° exige en sustancia. Podria Ilegar a la siguiente teoria o al menos, algo parecido: las estrategias de decreto de la Corte deben buscar la ejecucion mas efectiva e inmediata de los derechos constitucionales sustantivos que esten relacionados con los intereses de aquellos que los sostienen, pero principal-mente, tratando de acomodar los intereses de aquellas personas que quieren trastocar esos derechos.

La Corte Suprema estableciO en el caso Brown una formula de ejecuciOn

que, menos en retrospeccion, no cumpli6 con esa norma. (20) Sostenia que la supresiOn de la segregacion debe proceder "a toda velocidad", y este lenguaje probo ser un vehiculo para la obstrucciOn y la postergaciOn.liabria sido mejor que la Corte hubiera intentado proporcionar un programa mils precis°, a pesar de que esa estrategia podia haber puesto en peligro la unanimidad *de* su deci-sion. Gran parte de la d iscu skin que sigui6 al caso Brown habria sido inevitable de cualquier modo, porque la revolucion social que ese caso anunciaba era a la vez nacional y fundamental y requeria docenas de otras decisiones en circuns-tancias y un terreno muy distintos de los del caso Brown. Pero los problemas de derecho mas dificiles no aparecieron de hecho en los Estados surefios con una larga historia de segregacion por ley sino en los Estados del Norte, donde la se-gregacion en las escuelas no se habia alcanzado por una separaciOn racial expli-cita sino por decisiones mas sutiles, corno por ejemplo, la clelimitacion de los distritos escolares. Las cortes federales tenian que decidir bajo que circunstan-cias el fracas° de un Estado de revertir esta historia de segregaciOn mas sutil era una violacion de los principios anunciados en el caso Brown, y cuando lo era, que ordenes podian y debian hacer las cortes por medio del recurso.

Las cortes desarrollaron una jurisprudencia definida de integraciOn racial que no fue ni demasiado exitosa ni demasiado coherente pero que, sin embar-go, resultO un gran credit() para el derecho. (21) Durante un tiempo, los jueces federales publicaron y revisaron decretos que los internaron en la jurisdiccion normal de los inspectores escolares y otros funcionarios locales. Exigian cam-bios severos en la organizacion escolar y establecieron programas detallados para dichos cambios; tambien crearon programas para transportar a los !linos negros a escuela de vecindarios blancos y viceversa. En ningtin momento de la historia norteamericana sus decisiones parecieron tan diferentes del trabajo normal de los jueces o atrajeron tanta hostilidad por parte del public° y de la prensa. Algunos eruditos, incluso varios a favor del proyecto, declararon que sus decisiones marcaron un cambio importante en la naturaleza y el catheter de la funciOn judicial. (22) En cierta forma, estos eruditos tertian razOn. Los jueces han ejercido tradicionalmente roles de supervision depend ientes de la adjudica-clan (por ejemplo, al administrar juicios de concurso o decretos antimonopolis-tas o custodia les). Pero la escala y el detalle de la supervision eran mu cho mayo-res en los decretos en contra de la segregacion e hicieron que los jueces se com-prometieran con mayor firmeza en los terrenos convencionales de los funciona-rios ejecutivos elegidos.

Pero bajo el derecho como integridad, esta inusual transgresion judicial de las funciones administrativas solo es consecuencia, en circunstancias muy es-peciales y sismicas, de una vision tradicional de la

aceptaban a algunos negros cuyo rendimiento y calificaciones convencionales estaban muy por debajo de los blancos rechazados. Alan Bakke fue uno de estos tiltimos, y en el litigio que inicid se reconocio que habria sido aceptado si hubiese sido negro. Bakke declar6 que este sistema de cupos era ilegal porque no lo trataba como no igual en el concurso por las vacantes y la Corte Suprema, justificando su decision en un conjunto de opiniones divididas y algo confusas, estuvo de acuerdo. (23)

zCorno habria votado el juez Hercules? El caso lo Neva a hacer frente a la cuestiOn que hallo innecesario decidir a favor del caso Brown. La teoria de las categorias prohibidas es una mejor interpretation de Ia practica constitucional pertinente, tomando todo en cuenta, que la teoria de **las** fuentes prohibidas? Una norma constitucional practica que pone en vigor Ia teoria de las fuentes prohibidas designaria a ciertas clasificaciones raciales como sospechosas. Pero no seria necesario incluir en la lista de clasificaciones sospechosas una distindon obviamente destinada a ayudar a las victimas histericas del prejuicio. Tal

vez, las instituciones que utilizaron los cupos raciales deberian tener que demostrar, bajo esa teoria, que estos no retlejaban un prejuicio encubierto contra algtin otro grupo. Pero Davis podria haber cum plido con ese requisito, de moIC⁻ que bajo la teoria de las fuentes prohibidas no habria violado el derecho constitucional de Bakke. Sin embargo, habria violado sus derechos segtin Ia teoria de las categorias prohibidas. La elaboration tanto prktica como acadernica de dicha teoria no es mas que una lista de cualidades que no deben ser utilizadas para distinguir grupos uno de los cuales ganaria una ventaja sobre el resto. La raza debe ser prominente en este tipo de lista, y Davis utiliza clasificaciones raciales que pusieron en desventaja a blancos como Bakke.

Entonces Hercules debe elegir entre dos teorias, y preferira la teoria de las fuentes prohibidas por encima de la otra. A pesar de que la teoria de las categorias prohibidas se adapta alas decisiones sabre Ia discrimination racial coma la del caso Bakke tal como lo hace la teoria de las fuentes prohibidas (se adapta al lenguaje utilizado mejor en estas decisiones), no se adapta a la practica constitucional o politica en forma mas general. La teoria de las categorias prohibidas es demasiado arbitraria

como para ser con siderada una interpretation genuina bajo el derecho como intregrid ad. Debe estar apoyad a par una description basada en principios de por que las propiedades en particular que prohibe son especiales, y el Unica principio disponible es que las personas nunca deben ser tratadas de manera diferente en virtud de propiedades mas alla de su control. Esta pro-puesta fue rechazada en la politica y el derecho norteamericanos. Los estatutos casi invariablemente establecen divisiones entre las diferencias naturales de geografia, salud y capacidad: por ejemplo, otorgan subsidios a trabajadores que por casualidad llegan a trabajar en una industria o una firma en Lugar de otra y restringen licencias para conducir o practicar la medicina a personas con ciertas capacidades fisicas o mentales. Siempre se han otorgado las oportunidades educativas en las universidades y escuelas profesionales en particular sin nin-gtin desafio constitucional y en total violaciOn del supuesto principio. Los candi-datos son elegidos sob re una base de pruebas que se con sidera revelan diferen-cias en to capacidad natural y en muchas escuelas se los elige para que promuevan el equilibria geografico en las clases o incluso el exit° deportivo de la escuela. Los candidatos no son mas responsables por su capacidad para obtener un puntaje alto en las pruebas de inteligencia convencionales o por su lugar de nacimiento o habilidad en el fabol que por su raza; si la raza fuera una categoria prohibida porque las personas no pueden elegir su raza, entonces la inteligencia, el media geografico y la capacidad fisica tambien tendrian que ser categorias prohibidas. La discrimination racial que pone en desventaja a los negros es injusta, no porque las personas no puedan elegir su raza sino porque esa discriminacion expresa prejuicio. Esta injusticia se explica a traves de la teoria de las fuentes prohibidas y no de las categorias prohibidas.

Supongan que los abogados de Bakke sostienen que la estrategia de las categorias prohibidas debe ser aceptada para el caso de la raza (y tal vez para ciertoscasos especiales coma los antecedentes etnicos y el sexo) a pesar de que no puede apoyarse en ningtin principio general de que nunca debe dividirse a las personas segtin propiedades que no pueden controlar. No deben decir

que esta postura especial para Ia raza y otras propiedades es solo un hecho constitucional, que la

des. Eso da per sentado lo que queda por probar: la corrects interpretation de nuestra practica constitutional es exactamente lo que ahora es0 en discusion, y ellos necesittut-ftworgettriento˙tweitrstirfrrrre˙strreclamo˙sobre que quiere dear la ConstituciOn, no un a] gumento que comience con ese reclamo. Supongan que dicen: los autores de la clausula de igual proteccion tertian especialmente en mente el cast) de is razz porque despues surgie la Decimocuarta Enmienda que fue provocada por la esclavitud y la Guerra Civil. Esto es historicismo y to-dos nuesiros argumentos anter iores en su contra vienen ahora al caso. Pero es una forma en particular dad de historicism° en este contexto. Sabemos que los autores de la Decimocuarta Enmienda no creian que fuera inconstitucional la discrimination racial en Ia education, ni siquiera la segregation dirigida a los negros, y no podemos considerar sus opiniones como un argumento de que toda distincion racial, incluso Ia destinada a ayudar a los negros, esta fuera de la ley.

Supongan que ahora los abogados de Bakke dicen que scan cuales fueren las intenciones que pudieron o no haber tenido los autores, una politica constituciona! esta a favor de la teoria de las categorias prohibidas en el caso de la rata y otras cuantas

Constitution elige y descalifica solo a Ia razes y estas otras propieda-

categorias porque las admisiones o los programa de empleo que utilizan clasificaciones raciales exacerbaran la tension racial prolongando asi la discrimination, el odio y la violencia. Este es exactamente el tipo de calculo politico complejo y anticipado que hasta una forma debilitada y sensata de pasivismo dejaria a juicio de los funcionarios elegidos o de los ejecutivos asignados por estos funcionarios y responsabies ante ellos. Si el Congreso decide que es proferible una politica nacional que prohiba cualquier acciOn afirmativa, tiene el poder de sancionar un estatuto que en parte lo logre. (24) La Corte Suprema no deberia asumir ese juicio politico.

Asi que Hercules rechazara la teoria de igualdad de las categorias prohibidas, tanto en su forma general, que no puede ser adaptada, como en su forma especial, que es demasiado arbitraria como para ser considerada basada en principios. Aceptara Ia teoria de las fuentes prohibidas como la mejor interpretaciOn disponible, (25) luego construira una elaboration practica adecuada de dicha teoria para fines constitucionales seleccionando una lista, abierta a revision a medida que cambian las pautas sociales, de clasificaciones "sospechosas" cuyo use para dejar en desventaja a un grupo que ha

sido histOricamente blanco de prejuicios resulta *prima facie* inconstitucional. La lista que elabora no proscribiria en principio los programas de accion afirmativa, porque estos no trabajan en desventaja de ninguno de esos grupos.

Sin embargo, Bakke tiene un argumento posible mas de que la clausula de igual proteccion, interpretada tat como Hercules la entiende ahora, proscribe la forma basada en la acckin afirmativa que utilize Davis. La teoria de las fuentes prohibidas explica un derecho especial coma suplemento al requisito general de la Decimocuarta Enmienda, el requisito de que el calculo de cualquier Estado del interes general debe tornar en cuenta los intereses de todos los ciudadanos a pesar de colocar en desventaja a algu nos de ellos; en ese sentido debe ser un calculo "rational" con si derad o al servicio de una concepc iOn aceptable sobre como se trata a la gente por igual. El gobierno viola este requisito mas general cada vez que ignora el bienestar de algtin grupo en el calculo que hace acerca de que es lo que hace mejor a la comunidad en general. A pesar de que Bakke no encontro ayuda en el derecho especial en contra de Ia discrimination racial que Hercules reconoce, podria recurrir al requisito general. Davis sostiene que su sistema de cupos contribuye en forma razonable al bienestar general al ayudar a aumentar el ntimero de medicos negros calificados. Bakke podria argumentar to contrario, que el sistema de cupos de Davis impide prestar atencion al impacto de sus decisiones en to referente a admisiones de personas en su posiclan. Creo que Hercules decidira que esta declaration es confusa: un sistema de cupos da la misma consideraci6n a soda Ia clase de aspirantes que cualquier otro sistema que se base, como todos deben hacerlo, en clasificaciones generales. (26) Sin embargo, jueces razonables podrian no estar de acuerdo con esa parte de su conclusion general del caso. (27)

¡Hercules es un tirano?

Hemos seguido a Hercules a lo largo de una saki cadena de decisiones, porque aqui coma en cualquier otra parte de la jurisprudencia el detalle es mas ilustrativo que la serie. Pero el argumento de los capitulos anteriores nos da una idea de sus attitudes con respecto a otras cuestiones constitucionales, (28) y ha surgido bastante sobre sus metodos constitucionales como para justificar un pequeria resumen. Hercules no es un historicista, pero tampoco tiene un estilo bucanero a veces satirizado bajo el epiteto "derecho natural". Hercules no piensa que la Constitucion no es mas que aquello que produciria Ia mejor teoria de justicia y equidad abstracta a titulo de teoria ideal. En cambia, se deja guiar por un sentido de integridad constitucional; cree que la Constitucion norteame-ricana consiste en la mejor interpretation disponible del

texto y la practica constitucionales norteamericanas en su totalidad, y su juicio acerca de cual interpretacion es la mejor es sensible a la gran complejidad de virtudes politica correspondientes a Ia misma cuestion.

Sus argumentos abarcan la conviction popular y la tradition nacional cada vez que estos son pertinentes a la pregunta soberana: que interpretaciOn de la historia constitucional muestra esa historia desde una mejor perspectiva. Por la misma razOn y con el mismo fin, estos giran sobre sus propias convicciones sobre justicia y equidad y la correcta relation entre ellas. No es un pasivista porque rechaza la idea rigida de que los jueces deben deferir a los funcionarios elegidos, sin importar que parte del esquema

el interes colectivo general a traves de objetivos como la prosperidad o la erradi-caciOn de la pobreza o el equilibria correct° entre economia y conservacian. (29) a mayona en et cast) Lochner, por ejemplo, porque habna rechazado el principio de libertad que cite la Corte Suprema en dicho caso por ser incoherente con la prictica norteamericana y de todas formas incorrect°, y se habria negado a reexaminar la opinion de la legislatura de Nueva York sobre cuestiones politicas que quedaron entonces. (30)

Hercules escapa asi a la clasificacion academica corriente de los magistra-dos. Si se adaptara perfectamente a cualquiera de las categorias populares, deja-ria de ser

constitucional se cuestione. Decidira que el objetivo de algunas disposiciones es o incluye la proteccion de la democracia, y elaborara estas disposiciones en ese espiritu en lugar de deferir a las convicciones de aquellos cuya legitimidad podrian desafiar. Decidira que el objetivo de otras disposiciones es a incluye la proteccion de individuos y minorias contra la voluntad de la mayoria, y no ceders ante aquello que los representantes de la mayoria consideran correcto al decidir que requieren estas disposiciones.

Tampoco es un "activista". Se negara a sustituir su juicio por el de la legislatura cuando crea que Ia cuestion en juego es principalmente de politica y no de principio, cuando la discusien sea acerca de las mejores estrategias para lograr

Hercules. dEs demasiado conservador? demasiado liberal o pro-gresista? Atin no pueden saberlo porque su juicio dependeria del grado en que sus convicciones concuerdan con las de et a lo largo del amplio espectro de los distintos tipos de convicciones que abarca una interpretacion de la practica constitucional. No he expuesto lo suficiente acerca de sus convicciones, o de la forma en que estas actuarian en casos de debido proceso en el procedimiento criminal, casos de libertad de palabra o casos acerca de divisiones y procedi-mientos electorates justos, para poder emitir un juicio. Tampoco discuti, como un problema especifico en el context° constitucional, sus convicciones acerca del rol del precedente o

sabre las decisiones anteriores de la Corte Suprema. Tendran un sentido de esta actitud a traves del Capitulo7 y del hecho de que no se perturb° al declarar sin Iugar a Plessy al decidir el caso Brown; pero esta no es toda la historia porque su actitud con respect° a los precedentes fue mas res-petuosa cuando le pidieron que restringiera los derechos constitucionales que habian puesto en vigor que cuando le pidieron que reafirmara sus negativas a dichos derechos. De m odo que deben reservar sus opiniones politicas para las carreras de los jueces que conozcan mejor.

Pero hernos visto lo suficiente como para saber que el cargo que algunos abogados harian en contra *de* Hercules es injusto, y la que es peor, oscurantis-ta. Hercules no es ningtin tirano tratando de enganar al ptiblico acerca de su po-der democratic°. Cuando interviene en el proceso de gobierno para declarar in-constitucional algtin estatuto u otro acto del gobierno, to hace al servicio de su juicio mas concienzudo acerca de que es en reatid ad la democracia y que qu ie-re decir en realidad la Constitucion, madre y guardiana de la clemocracia. Pue-den no estar de acuerdo con los pocos argumentos que expuse en su nombre; si les dijera mas acerca de su carrera en el Olimpo, tal vez disentirian aun mas. Pe-ro si Hercules hubiese renunciado a la responsabilidad que he descrito, que in-cluye la responsabilidad de decidir cuando debe basarse en sus propias convic-clones acerca del caracter de su nacion, habria sido un traidor y no un heroe de la coercion judicial.

11. El derecho Inas alla del derecho

EI derecho se purifica a si mismo

eLa integridad puede ser itnpura?

Los abogados sentimentales alimentan un viejo sostienen que el derecho se purifica a si raisin°. La figura imagina dos formas o estados del mis-mo sisterna legal, la forma mas noble latente en la forma menos noble, el dere-cho impuro, actual, que gradualtnente se va transformando en su propia ambi-clan mas pura, vacilante, con deslices y ganancias, nunca del todo puro pero mejor en cada generacion que la anterior. F.n esta misteriosa imagen hay una cuestion, y esta se suma a la complejidad y el poder del derecho como inte-gridad.

iEsta concepcion puede reconocer una for ma mas pura del derecho que te-nemos? He aqui un argument° que sostiene que no. Para Hercules, el derecho actual consiste en principios que proporcionan la mejor justificacion disponible para las doctrinas y estratagemas del derecho en su totalidad. Su dios es el prin-cipio adjudicativo de integridad que lo ohliga a ver, hasta donde es posible, el derecho como un todo coherente y estructurado. En este cuadro parece no ha-ber sitio para la idea de un derecho mas coherente y puro de lo que es en ta actualidad. Si es posible hacer que el sisterna sea 'alas coherente, entonces este sistema mas coherente es el derecho actual, de modo que una vez que Hercules ha elaborado que es el derecho ahora. no puede haber un derecho mas puro la-**tente** en el. Podriamos decir que el derecho como integridad *es* la idea del dere-cho purificado.

Sin embargo, esto es demasiado tosco: la distincion sentimental tiene un lu-gar dentro del derecho coma integridad. Nuestro concepto del derecho ıne el derecho a la actual justificaciOn de fuerza coercaiva y asi, une el derecho a la ad-judicacion: el derecho es una cuestion de derechos defendibles en una Corte. Esto hace que el contenido del derecho sea sensible a los distintos tipos res-tricciones eonstitucionales, en especial para los jueces, clue no necesariamente son restricciones para otros funcionarios o instituciones. Cuando los jueces in-terpretan la practica legal en su totalidad, encuentran razones de distintos tipos, en particular las que se aplican a los jueces, de

Las doctrinas estrictas de precedents, que exigen que algunos jueces sigan

decisionmanteriorestimadasPouar asjueces cuando consideran r1rle estan equivocados, son una instancia familiar. Recuerden un ejemplo que utilice anteriormente: la Camara de las Lores sigue eximiendo a los abogados de la responsabilidad por negligencia en ciertas circunstancias en especial. La integridad condena este tratamiento especial y el Parlament° deberia revocarlo por la integridad. (1) Pero una camara inglesa inferior no puede hacerlo porque lo prohiben los precedentes. El precedents estricto varia de jurisdiction en jurisdicchin, y las cortes superiores por lo general estan exentas de el. Pero la supremacia legislativa es otra restriction institutional, y esto por lo general abarca todas las cortes. Si un juez esta satisfecho de que un estatuto solo admite una interpre-tacion, entonces, al eliminar el impediment° constitucional, debe hacer cumplir esta ley aun si tree que el estatuto es incoherente en principio con el derecho considerado desde un punto de vista mas amplio. (2) Puede pensar que la legislatura tiene el deber de reparar la incoherencia con otra legislation, no solo o necesariamente por un sentido de justicia, sino porque la legislatura es tambien guardiana de la integridad. Pero esto ignora el hecho de que los precedentes estrictos cada vez que el hecho de ignorar estas doctrinas ie permita mejorar la integridad del derecho, juzgado solo como una cuestion de sustancia, habria violado la integridad en general. Cualquier buena interpretation de nuestra practica legal debe reconocer estas restricciones institucionales. Otras restricciones judiciales son menos doctrinales y mas una cuestion de los distintos aspectos del sentido de debido proceso de un juez en la eerie. Lord Hercules podia pensar que no puede defenderse el hecho de eximir a los abogados de las reglas generates del derecho de negligencia y podria saber que posee el poder tecnico de invalidar los precedentes que protegee a los abogados de esa manera. Pero tambien podria creer que seria incorrect° imponer, de repente, la responsabilidad a un abogado en particular por acciones del pasado si ninguna Corte ha comunicado previamente cualquier cambio, porque es improbable que ese abogado hubiera pod ido asegurarse contra dicha responsabilidad. Entonces, Hercules podria considerar la necesidad de cambiar Ia ley solo en perspectiva, en la forma que imaginamos lo haria un juez pragmatic° en el Capitulo 5. Sin embargo, la practica inglesa no conoce dicha estratagema, y podria decidir entonces hallar alguna otra forma de advertir a los abogados a waves de su opiniOn sobre futures cambios. (3) El juez. Hercules podria pensar que la mejor interpretaciOn de la clausula de igual proteccion proscribe distinciones entre los derechos de los adultos y los derechos de los nifios que nunca fueron cuestionados en la comunidad, y sin embargo, podria considerar injusto desde el punto de vista politico, en el sentido que sefialamos en el Capitulo 3, que el derecho impusiera ese punto de vista en una comunidad cuyas practicas familiares y sociales acepten dichas distinciones come correctas y fundamentales. No me refiero a que Hercules siempre aceptaria. en este tipo de cases, una incoherencia sustantiva para cumplir con los principios procesales, &no a que el carkter complejo de la adjudication hace inevitable que a veces lo haga.

Si Hercules hubiera decidido

de interpretation que conocimos en el Capitulo 8 es otro tipo mas sutil de restriction que puede considerarse come relaciunada con las restricciones institucionales que senalamos. Si un juez que

acepta el derecho como integridad encuentra que dos interpretaciones se adaptan lo suficiente al area de su preocupacion inmediata **coma para satisfacer sus** restricciones interpretativas, ampliari el arcance de su **estudin** en una serve de circulos concentricos que incluyan otros campos del derecho y luego deterrninara cual de las dos se adapta mejor al campo incluido. Pero normalmente, respetari la prioridad del departamento del derecho donde surja su problema in-mediate; reducira en forma considerable algtin principio como interpretation valida de la ley sobre accidentes si desarraiga dicho department() del derecho, aun si se adapta bien a otros departamentos. La topologia de los departamentos forma, tal como vimos, parte de su problema interpretative, y sus juicios sobre los limites de los departamentos pueden ser polemicos y de todas formas cambiaran a medida que se desarrolle el derecho. Sin embargo hay restricciones especiales que se aplican a sus juicios sobre limites: deben respetar en principio las opiniones profesionales y ptiblicas establecidas que dividen el derecho en Areas sustantivas de conducta publica y privada.

integridad e igualdad

Podemos aprovechar las discusiones previas para demostrar el poder acumulativo de estas distintas restricciones, cada una de las cuales apela a la integridad de proceso para verificar La integridad sustantiva. En el Capitulo 8, Hercules decidio que gran parte del derecho por danos no intencionales en su jurisdiccion puede considerarse la expresien de la conception de igualdad que

el considera mejor desde el punto de vista de Ia justicia abstracta, que es un recur-so del concept° igualitario, y per lo tanto, adopto dicha conception al construir su interpretation de estas partes del derecho. En el Capitulo 10 rechazo la sugerencia de que su conception de igualdad (o cualquier otra) es obligatoria en los Estados por la clausula de igual protection de la Decimocuarta Enmienda. Ademas, tendra que aceptar que tante el Estado come la nation no alcanzan aquello que, aun en su elaboration practica, requeriria la igualdad de recursos por medic, de la distribution de la riqueza, a pesar de que algunos de los programas de redistribution adoptados por et Congreso y distintos Estados son un paso en esa direction. Esta concesion no amenaza su punto de vista sobre la mejor interpretacion del derecho por danos no intencionales, porque ninguna otra concepclot) de igualdad se adapta tan bien a ese derecho y ninguna otra se adaptaria mejor a los programas impositivos y de redistribuciOn a los que la igualdad de recursos solo se adapta en forma imperfecta.

De mode que debe elegir una description de la igualdad y el derecho que sea menos elegante y uniforme de lo que hubiera deseado. La igualdad de recursos es su clave para la ley sobre accidentes y otras formas de danos no intencionales. Pero no puede apelar a la Constitucion para que le ordene al Congreso o las legislaturas estatales que adopten los programas econemicos y redistributivos que requiere Ia igualdad de recursos. Tampoco, dadas las distintas restricciones que acepta acerca de hasta que punt° es libre de interpretar estatutos para promover su vision de Ia justicia, puede interpretar en los esquemas de bienestar y de irnpuestos disposiciones que aprobaria la igualdad de recursos. Considera que se habria servido mejor tanto a la integridad politica come a la justicia si el gobierno national y el local hubiesen acepladn la igualdad de recursos como el objetivo de sus programas economicos. Pero estaria violando la integridad si ignorara las decisiones que realmenle tomaron.

La integridad inclusiva y pura

El derecho como integridad no solo permite sino que tambien establece diferentes formas de conflicto o tension sustantiva dentro de la mejor interpretation general del derecho. Ahora estamos en position de explicar el por que. Aceptamos la integridad como un ideal politico preciso, y aceptamos el principio adjudicativo de la integridad por encima del derecho, porque queremos considerarnos una asociacion de principio, una comunidad gobernada por una sola y coherente vision de justicia, equidad y debido proceso en la relation correcta. Ya hemos senalado que estas tres virtudes componentes —equidad, justicia y proceso— a veces estan en conflicto. Hercules evita lograr Ia integridad desde el punto de vista de la justicia sola (coherencia en los principios de justicia sustantivos que

fluyen a traves de su description de que es el derecho ahora) porque ha estado buscando una integridad mas amplia que tambien de efecto a los principios de equidad y debido proceso.

Tal coma lo senalamos, la justicia se refiere al resultado correcto del sistema politico: la correcta distribuciOn de bienes, oportunidades y otros recursos. La equidad se refiere a la estructura correcta para dicho sistema, la estructura que distribuye la influencia sobre las decisiones politicas en la forma adecuada. El debido proceso se refiere a los procedimientos correctos para hacer cumplir las dispositions y reglamentaciones producidas por el sistema. La supremacia legislativa, que obliga a Hercules a dar efecto a estatutos aun cuando estos produzcan una importante incoherencia, es una cuestion de equidad porque protege el poder de la mayoria para hacer el derecho que esta quiere. Las doctrinas de precedente estrictas, las practicas de la historia legislativa, y la prioridad local se refieren ampliamente, aunque de maneras diferentes, al debido proceso porque alientan a los ciudadanos a basarse en pronunciamientos y suposiciones doctrinales que seria un error traicionar al juzgarlos despues del hecho.

Podemos consolidar esta explication al trazar una nueva distincion entre los niveles o tipos de integridad. El principio adjudicativo que gobierna nuestro derecho pone en vigor la integridad inclusiva: esta reauiere que un juez ***tome*** en cuenta todas las virtudes componentes. Construye su teoria general del actual derecho de forma tal que refleje, hasta donde sea posible, principios coherentes de equidad politica, una justicia sustantiva y el debido proceso. La calificacion "hasta donde sea posible" reconoce lo que hemos estado senalando, que la correcta atencion a una de estas virtudes en una description general del derecho forzara a veces un compromiso en el nivel de integridad que puede lograrse en otro. Hercules debe retroceder a sus suposiciones sobre que es el derecho, la mejor interpretation de los principios de equidad de su comunidad, que definers sus propios poderes contra aquellos de otras instituciones y funcionarios, y sus principios de debido proceso, que se tornan pertinentes por el hecho de que los juicios de derecho son la base de una atribucion que mica hacia el pasado en busca de culpa y responsabilidad. De modo que debe llevar a efecto estatutos que van en contra de una coherencia sustantiva y a precedentes y prioridades locales que se interponen en el camino de la coherencia con respecto a distintos departamentos del derecho. Por lo tank), estara consciente ***de*** un caleulo diferente y mas abstracto: la integridad pura proviene de estas distintos restriccio-nes de equiclad-y-ffeeese-.- keiffeito-a-ccrnsiderar que seria et derechnilos jueces fueran libres de perseguir la coherencia en los principios de

justicia que flu-yen a traves de los distintos departamentos del derecho y los une.

Nos inclinamos ante Ia justicia, entre otras virtudes politicas, al crear una forma especial de integridad para ella. Pero el honor no es arbitrario. Las consecuencias concretes de la equidad y el debido proceso son mucho mas condicionales que las consecuencias de la justicia, y a menudo son causa de arrepentimiento. Tenemos la esperanza de que nuestra legislatura reconozca aquello que requiere la justicia para que no quede ningin conflicto practico entre justicia y supremacia legislativa; esperamos que los departamentos del derecho sean reformados, can respecto al entendimiento public° y profesional, para marcar las verdaderas distinciones de principio, de forma tal que Ia prioridad local no presente ningtin impedimenta para un juez que busca un flujo natural de principios a traves del derecho.

Nuestra principal ambiciOn de considerarnos una comunidad de principio nos recomienda un rot especial para Ia justicia. Los ciudadanos de dicha comunidad desean ser gobernados con justicia, equidad y debido proceso, pero las tres virtudes componentes tienen distintos sign ificados para ellos incluso como ideales. La equidad y el debido proceso estan ligados, aunque en formas distintas, a instituciones especificas dentro de la comunidad. Ellos asignan diferentes responsabilidades a diferentes funcionarios situados en forma diferente. La justicia, por el contrario, se refiere a aquello que la comunidad personificada, como resultado de las responsabilidades institucionales, debe conseguir. Asi que existe una importancia practica en el hecho de aislar Ia pregunta de que requiere y permite la integridad desde el punto de vista de la justicia solamente. Esa pregunta marca un programa para toda la comunidad, como un paso previo a futuras preguntas acerca de que decisiones institucionales serian necesarias para lograrlo.

Ahora podemos borrar Ia figura que celebran los abogados sentimentales del derecho dentro y mas alla del derecho. El derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, esta fijado por la integridad inclusiva. Este es el derecho para el juez, el derecho que esti obligado a declarar y a hacer cumplir. Sin embargo, el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambitions; este derecho mas puro esta definido por la integridad pura. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor justification del actual derecho visto desde ninguna perspectiva institucional en particular, abstrayendo asi todas las restrictions de equidad y proceso que requiere la integridad inclusiva. Esta inter-pretaciOn purificada se dirige directamente a Ia comunidad personificada y no a los diferentes deberes de los jueces, legisladores o cualquier otro cuerpo o institucion politica. Esta declara coma deben reformarse las prkticas de la comunidad para servir en forma mas coherente y comprensiva a la vision de justicia social que

ha adoptado en parte, ***pero*** no declara que funcionario posee este u otro puesto dentro del gran pray ecto.

El actual derecho trata de bu scar el derecho puro

proceso cuando declaran que el derecho se purifica a si mismo. Sin embargo, e e c r i t i c o s c o n s i d e r a n _ m e j a r o n a historia esceptica de nuestro derecho: predicen el triunfo de la entropia en lugar de que el derecho pierda su coherencia sustantiva general en el caos producido por concentraciones egoistas y desiguales de poder politico. zQue actitud —pesimismo u optimismo— es sensata y cual tonta? Eso depende de la energia y la imagination Canto como de la prudencia, pues cada actitud, si es lo suficientemente popular, contribuye a su propia reivindicacion.

Los sueilos del derecho

Las tortes son las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus principes, pero no sus adivinos y profetas. Les correspo ride a los filosofos, si lo desean, resolver las ambiciones del derecho, la forma mas pura del derecho dentro y mas alla del derecho que tenemos. En la ley comtin sobre accidentes hallamos una concepci6n de igualdad que, si pudiera recorrer libremente la politica y la estructura ecortornica norteamericanas, hasta sus limites naturales, re-queriria cambios dramaticos cuando aparecen formas de decisiOn que parecen satisfacer la equidad y el proceso y acercan el derecho a su propia ambition; los abogados demuestran optimism° con respecto a este

en la distribution de Ia propiedad y otros recursos en forma general. Podemos encontrar otras bases para dicha concepciOn de igualdad en otros departamentos del derecho. Podemos citar, por ejemplo, el progreso esporadico, a veces retrocesivo, pero en general progresivo de redistribucion hacia las personas minusvalidas y otras que son desafortunadas en otros aspectos, y podemos declarar que la igualdad de recursos explica mejor este desarrollo que otras concepciones sabre que significa tratar a las personas como iguales. Nosotros tambien apoyamos esta conception; ahora sostenemos que es el objetivo del derecho purificado, Ia estrella de la comunidad en su busqueda de la integridad vista desde la perspectiva de la justicia solamente. iQue tipo de argumento hemos empezado?

Otro filosofo de nuestro derecho sostiene una vision contraria. Ve el derecho purificado como un derecho mas utilitarista en el sentido ilimitado, mas precisa y coherentemente dedicado a au mentar al maxim° Ia satisfaction incondicional de las preferencias generales de la gente. Otro describe una vision mas comunitaria; esta supone el derecho purificado de los derechos individuales que

corrompen el sentido de la comunidad, que esta vision aprueba, que el tinico bien es el bien comunal, que se vive mejor bajo normas compartidas sobre que tipo de vida es mejor. No podernos veneer estas otras visiones midiendo y comparando las extensiones del derecho que se adaptan a las nuestras y a las de ellos. Ninguna se adapta lo bastante bien como para dominar el actual derecho; todas se adaptan lo suficiente como para reclamar una base en el. El argumento debe ahora pasar al plane de la moralidad politica abstracta; debe moverse hacia argumentos de teoria utopica. Sin embargo, el argument° sigue perteneciendo al derecho, por lo menos en un sentido atenuado, porque cada competidor comienza por establecer una sornbra contemporanea del futuro que celebra. (Ningtin marxista o fascista podria explicar su filosofia politica con el

derecho actual come para entrar en la contienda.) La conexion con el argumen-to_legkordinario, a pesar de estar atenuada, es crucial porque otorga al argumento filosOfico un rol distintivo aunque complementario dentro de Ia politica mas amplia del derecho.

Cada una de las filosofias rivales utiliza y respeta la integridad, y los valores que las apoyan, de esta forma. Cada una propene demostrar come el derecho puede desarrollarse en direction de la justicia mientras preserva la integridad, etapa por etapa. Cada una sostiene que su vision se veria asegurada por el hecho de que la comunidad avanzara a traves de una serie de pasos, ninguno de los cuales seria revolucionario, pero que se construiria y tomaria su lugar dentro de la estructura ya existente. Observamos este proceso desde un punto de vista extern, historic°, en nuestro estudio inicial del desarrollo del derecho a troves del tiempo en el Capitulo 3, y tambien, al rechazar el reclamo en el Capitulo 4 de que el derecho es principalmente una cuestiOn de convention. Dije que a pesar de que el contenido del derecho sera diferente de un period o a otro, aun en un sistema legal floreciente puede verse que los cambios importantes surgen del derecho ya existente, enriqueciendo dicho derecho, cambiando su base y de ese mode provocando otros cambios.

De tal forma que is politica legal utopica sigue siendo, en ese sentido am-olio, derecho.

Sus filosofos ofrecen amplios prograrnas que, si se apoderan de Ia mente de los abogados, pueden hater de su progreso alga mas deliberado y reflexive. Son novelistas en cadena con epopeyas en Ia mente, que irnaginan que el trabajo se despliega a Craves de void menes que pueden tardar generaciones en ser escritos. En ese sentido, cada uno de sus suefios ya esta latente en el de-recho actual; cada sumo podria ser el futuro del derecho. Pero los suerios son competitivos, las visiones son distintas y deben efectuarse elecciones: las gran-des elecciones, por los hombres de Estado en altos cargos judiciales y legislativos, las elecciones menos importantes, por aquellos cuyas decisiones son mas inmediatas y circunscriptas. Ningtin programa coherente puede permanecer el tiempo suficiente con las personas suficientes; despues de todo, podemos quedar en manos de la habilidad del derecho, que no es mas que otro nombre para la capacidad de los buenos jueces para imponer cualquier derecho. Las teorias generates del derecho son, para nosotros, interpretaciones genera es e nireStra propia-p [illegible] MO,- que halla mejor interpretaciOn en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legates especiales, y el pragmatismo, que la encuentra en la historia diferente de los jueces co mo arquitectos independientes del mejor futuro, libres de la demanda inhibitoria de que deben actuar en forma orden que puedan, cal como tuvo que hacerlo Hercules en los capitulos previos, en un proceso histciricamente fortuito. Pero los filosofos son parte de Ia historia del derecho incluse entonces, aun cuando disientan y ninguna vision gane un distrito electoral dominante durante mucho tiempo, pues aun entonces, sus discusiones recuerdan a la profesiOn la presion del derecho mas ally del derecho, que los imperativos de la integridad siempre desafian al derecho de hoy con las posibilidades del derecho de manana, que cada decision en un caso dificil es un voto en favor de u no los suenos del derecho.

Epilogo: eQue es el derecho?

El derecho es un concepto interpretative. Los jueces deberian decidir que es el derecho al interpretar Ia practica de (Ares jueces cuando deciden que es el coheren-te en principio unos con otros. Destaque la tercera concepcion, el derecho co-mo integridad, que une la jurisprudencia y laadjudicacion. Hace que el conteni-do del derecho no dependa de convenciones especiales o cruzadas indepen-dientes sino de interpretaciones mas refinadas y concretas de la misma practica legal que ha comenzado a interpretar.

Estas interpretaciones mas concretas son claramente legales porque estan dominadas por el principio adjudicativo de la integridad inclusiva. La adjudica-

chin es cliferente de la legislacion, no en una forma inequivoca, sino como la consecuencia complicada del dotninio de dicho principio. Rastreamos su impac-to al reconocer la fuerza mas poderosa de la integridad en la adjudicacion que la hace soberana sobre otros juicios del derecho, aunque no inevitablemente so-bre los veredictos de las cortes, al notar de que manera la legislacion invita a jui-cios politicos y la adjudicacion no, al observar c6mo la integridad inclusiva ha-ce cumplir las restricciones judiciales de rol. La integridad no se pone en vigor a si misma: se requiere un juicio. Ese juicio esta estructurado por distintas di-mensiones interpretacion y distintos aspectos de estas. Seitalamos de que manera las convicciones sobre la adaptacien restringen y compiten con los jui-cios de sustancia, y de que forma las convicciones sobre equidad, justicia y debi-do proceso compiten entre si. El juicio interpretativo debe notar y tomar en cuenta estas distintas dirnensiones; si no lo hace, es incompetente o una politica ordinaria disfrazada. Pero tambien debe fusionar estas ditnensiones en una opi-nion general: sobre que interpretacion, tomando todo en cuenta, hace que los antecedentes legates de la comunidad sean mejores desde el punto de vista de la moralidad politica. De modo que los juicios legates son discutibles.

Esa es la historia contada por el derecho como integridad. Creo que propor-ciona una mejor descripcion de nuestro derecho que el convencionalismo en ca-da una de las dos dimensiones principales de interpretacion, de modo que no es necesario ningtin intercambio entre estas dos dimensiones a un nivel donde la integridad compite con otras concepciones. El derecho como integridad pro-porciona una mejor adaptaciem y una mejor justificacion de nuestra practica le-gal en general. Demostre el reclamo de la justificacion al identificar y estudiar la integridad como una clara virtud de la politica ordinaria, a veces junto a las virtudes mas familiares de justicia y equidad, y otras en conflict° con ellas. De-beriamos aceptar la integridad como una virtud de la politica ordinaria porque tendriamos que tratar de concebir nuestra comunidad politica como una asocia-chin de principio; y esto porque, entre otras razones, esa concepcion de comuni-dad ofrece una base atractiva para las declaraciones de legitimidad politica en una comunidad de personas libres e independientes que disienten sobre la mo-ralid?,1 y la sabiduria politicas.

Dettiostre el primer reclamo (que el derecho como integridad proporciona una concordancia iluminadora con nuestra practica legal) al analizar en que for-ma un juez ideal com promet id o con el derecho como integriclad deberia decidir

tres tipos de casos dificiles: **en el** derecho consuetudinario, bajo estatutos y, en los Estados Unidos, baio la Constitucion. Hice que Hercules resolviera los dis-

ditos casos que ofrea como ejemplos en 0 Capitulo I, y **mis-reclamos-de-eon--cordancia pueden verificarse al comparar su razonamiento con el tipo de arg-u-mentos que parecian apropiados para los abogados y jueces de ambos lados de dichos casos. Pero esta prueba es demasiado limitada como para ser decisiva; los estudiantes de derecho y los abogados podran verificar el poder iluminador del derecho como integridad contra una experiencia mucho mas amplia y varia-da del derecho en funcionamiento.**

dije que es el derecho? La mejor respuesta es: hasta cierto punto. No he previsto un algoritmo para la Corte. Ningtin mago electronico podria disenar a partir de mis argumentos un programa de computadora que proporcionara un veredicto que todos aceptarian una vez que se pusieran a disposicion de la com-putadora todos los hechos dei caso y el texto de todos los estatutos y decisiones judiciales anteriores. Sin embargo, no he llegado a una conclusion que muchos lectores consideren sensata. No he dicho que no exista la forma correcta, **&tit° formas diferentes, para decidir un caso dificil. Por el contrario, dije que esta conclusion aparentemente sofisticada es un grave error filosofico, si la interpre-tamos como una parte del escepticismo externo o una posicion politica conten-ciosa que se basa en dud osas conviccio nes politicas si la consideramos, tal como estoy dispuesto a hacerlo, una aventura en el escepticismo global intern°.**

He descrito las preguntas interpretativas que debe plantearse un juez y tarnbien las respuestas que ahora creo deberia dar a las preguntas mas abstrac-tas y basicas. En algunos casos, Ileve el proceso aun mas adelante, a los capila-res y las arterias de la decision, pero solo como ejemplo y no con mas detalles de los necesarios para ilustrar el caracter de las decisiones que tonnan los jue-

., ces. Nuestra principal preocupacion sido identilicar los puntos polemicos del argumento legal, los puntos donde la opinion divide en la forma que promete el derecho como integridad. Cada camino que tom° Hercules a partir de esa con-cepcion

general hacia un veredicto en particular, otro abogado o juez que haya comenzado en la misma concepcion encontraria un carnino distinto y tennina-ria en un lugar distinto, tal como lo hicieron varios de los jueces de nuestros ejemplos. Terminaria en forma diferente porque dejaria a Hercules y seguiria su propia intuickin en algtin punto polemico del argutnento.

La pregunta de si he podido demostrar que es el derecho es una preglinta diferente para cada lector. Debe preguntarse hasta que punt° me seguiria a to largo del tronco argumental, dadas las distintas convicciones interpretativas, politicas y morales que descubra despues de la

donde se viste para la inspection, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos tambien en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, &rigida a la politica en sentido amplio. Es una actitud protestante que hate a cada ciudadano responsable por imaginar cuales son los compromisos ptiblicos de su sociedad con respecto al principio, y que requieren estos compromisos en nuevas

reflexiOn que trate de provocar. Si abandona mi argument° en forma temprana, en alguna etapa abstracta cru-cial, entonces habre fallado para el. Si lo abandona Inas adelante, en algtin deta-lle relativo, entonces, habre tenido exit°. Sin embargo, habre fracasado por completo si nunca abandona mi arg-umento.

eQue es el derecho? Ahora ofrezco una respuesta diferente. El derecho no queda agotado por catalog° de reglas o principios, cada uno con su pro-pio donninio sobre algtin discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelacion.

circunstancias. La naturaleza de discernimiento retrospectivo, asi coma tambien la suposicion reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la Ultima palabra, su palabra no es por ello la mejor, confirman el ca-racter protestante del derecho y reconocen el rol creativo de las decisiones particulares. La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espiritu inter-pretativo, es colocar el principio par encima de la practica para demostrar el me-jar camino hacia

un futuro mejor, cumpliendo con el pasadn. Es, por Ultimo, una actitud fraternal, una expresi6n de coma estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en to que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, to que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener.

Notas

1. iQue es el derecho?

(1) *Brown contra* ***C,onsejo de Educacion,*** : 347, U.S. 486, 1954.

(0) ***Priestley contra Fowler,*** 1837, 3 M & W. 1.

(0) Vease Ia Reforma de Ley (Dares Corporales), Act 1948, 35, ***Halsbury's Statutes of England,*** 538, 3' edition.

(1) ***Proc·urador general contra Jonathan Cape*** Ltd., 1975, 3 E.R. 484.

(1) Lo mismo hacen los encargados de corregir los examenes. Algunas personas no se sienten cemodas al utilizar las palabras "verdadero· o `falso• de esta forma, y prefieren decir que las propuestas de ley pueden ser "fidedignas" o no, a alga parecido, que para el case tiene el mismu valor. Vease Ia discusi6n acerca del escepticismo en los Capitulos 2 y 7.

(2) Tengo en rnente a los `realistas* legales, que discutimos luego en este mismo capitulo, oorno Jerome Frank ***(Law and the Modern Mind,*** Nueva York, 1949), y el rnovimiento de los 'estudios legales criticos" que estudiamos en el Capitulo 7 (vease, en forma general, 38, ***Stanford Law Review,*** 1-674, 1984, simposio sobre los conocimientos legales criticos).

(3) \lease, por ejemplo, Benjamin Cardozo: ***The Nature of the Judicial Process,*** en especial las pigs. 165-80, New Haven, 1921.

(4) Discutimos estas posibilidades en los Capltulos 9 y 10.

(5) Oliver Wendell Holmes: The path of the lave, 10 ***Harvard Law Review,*** 1987.

ggs contra Palmer, 115 Nueva York, 506, 22, N.E. 188, 1889.

(2) */dent* en 189.

(6) Ya existen varios problemas serios en este principio intermedio y estudiaremos algunos de ellos en el Capitulo 9.

(3) ***Tennesse Volley Authority contra Hill,*** 437 U.S. 153, 197& John Oakley se8al6 el valor de este case comp ejemplo.

(7) El Ada de las Especies en Peligro de 1973, Pub. L. N° 93-205, sec. 7. 87 Stat. *884,* 892 (codificado come fue enmendado en 16 U.S.C. sec. 1536, 1982).

(8) Enmiendas del Ada de las Especies en Peligro de 1978, Pub. L N°95-632, 92 Stat. 3571 (codificado coma fue enmendado en 16 U.S.C. sec. 1536, 1982).

(4) ***Tennessee Valley Authority contra Hill,*** 437 U.S. 153, 18.5, 1978.

(5) ***Idem*** en 196 (Powell, J. en desacuerdo).

(6) ***McLoughlin contra O'Brian,*** 1983,1AC. 410, revocando Q.B. 599, 1981.

(7) ***Marshall contra Lionel Enterprises Inc.,*** 1972, O.R. 177.

(8) ***Chardwick contra British Transport,*** 1967 1W.I...R. 912.

(9) Vase por cleft win, ***Jaffree contra Board of School*** Comm'rs, 554 F. Supp. 1 104 (S.D. Ala. 1982) (el jucz de la carte de distrito se Mega a seguir el precedence de Ia Corte Suprema), rev'd sub nom. ***faffree contra Wallace*** 705, F. 2d 1526, Cir. 11° 1983, *red* 605 S. Ct 2479, 1985.

(10) Enunciation de Practica, precedente judicial, 1966, 1W.LR. 1234.

(11) 1981, Q.B. 599.

(12) 1983 1 AC. 410.

(13) 163 U.S 537, 1896.

(9) ***Brown contra Consejo de Education,*** 347, U.S., 1954. La opinion mils& ide casos que surgicron

en escuclas segregadas en Topeka. Kansa$; Condado de Clarendon, Carolina del Sue Condado de Prince Edward, Virginia y Condado de New Castle, Delaware. Vease 347 U.S. en 486

(27) Eats frase fue utilizada en una segunda opinion en el case sobre recursos. ***Brows contra Cow sejo de Edvcacibn,*** 349, U.S. 294, 301, 1955.

(28) Vease Charles Fairman: "Forward: The attack on the segregation cases', 70 ***Harward Law Review*** 83, 1956.

(29) A veces se dice que el objetivo de Las teorfas que denomino semandcas no es. tai cones el nornbre lo sugiere, desarrollar teorias acerca del significado de la palabra "derecho" sino poner al desnudo las caracteristicas y rasgos distintivos del derecho como un fenemeno social. **Vase,** por ejernplo, Ruth Gavison: 'Comments on Dworkin en ***Papers of the Jerusalem Conference*** (de proxima apariciem). Sin embargo, este contraste es en si una equivocation. Ins fildsofos que tengo en mente, cuyas teorias esten descritas en las paginas siguientes, reconocen que el aspect° mas distintivo del derecho como "fenomeno social" es que los participantes de Las instituciones del derecho despliegan y debaten propuestas de ley y piensan que el hecho de quo estas seen aceptadas o rechazadas poste una importancia decisive. Las teorias clasicas tratan de explicar este aspects) central y penetrante de La practica legal al describir el sentido de las propuestas *de* ley (que significan 6stas pars aquellosque las utilizan) y este explicacion adopta la forma de definitions del "derecho" en el estilo mas antiguo o *de* descripciones de las "condiciones de veracidad" de las propuestas *de* ley (las circunstancias en las que los abogados las aceptan o las rechazan), en el estilo mas modern.

(30) Wesel I- Austin: ***The Province of Jurisprudence Determined,*** H. L A. Hart comp., Nueva York, 1954 y ***Natural Law and Natural Rights,*** Nueva York. 1980.

(31) H. L A. Hart. ***The Concept of Law,*** Londres, 1961.

(32) Para una discusion excepcionalmente ilustrativa sobre las teorfas del derecho natural y una defensa de una version moderna, Vease J. Finals, ***Natural Law and Natural Rights,*** Nueva York. 1980.

(33) Vease, por ejernplo, Holmes, supra n. 9.

(34) Vease Hart, supra n. 31, pegs. 129-50, y 'Positivism and the separation of law and morals", 71 ***Harvard Law Review*** 593. 1958. Hart se bass en la distincion *entre* nixie° y penumbra al explicar per que los jueces deben tenor discretion al reparar beeches en los estatutos, y luego sugicre que la regia principal quo utilize cualquier comunidad para

2. Conceptos interpretativos

Vease mi libro Taking Rights Seriously, 1015, Cambridge, Massachusetts y Londres 1977; discusion sobre un problema interpretative inusual en un torneo de ajedrez.

A continuacien, evalu6 la siguiente suposic ein, de quo Ia inierpretacien creative debe sec una interpretacion de conversation, en particular al discutir una idea familiar con crudites literarios: interpreter un trabajo litcr.irio significa recapture, las intenciones del autor. Pero la soposicion poste un fundamento fries general en la literatura filosatica de la interpretaciam. Wilhelm Dilthey, un Wesel° aleman que fue muy influyente al formulas el debate sobre la objetividad en las ciencias sociales, utilize la palabra ***verstehen*** para describir especificamente el ti-ix) de comprensiert quo logramos al saber lo que otra persona quiere deck per lo que dice (podrfamos deck quo este es un sentido de comprensiOn donde entender a alguien requicre Ilegar a un entendimiento con esa persona) **e: 1** Lugar do describir sodas las formes o modus posibles do comprender su comportamiento o su vida mental. ('lease ***Meaning in History: Dillhey's Thought on History and Society,*** traducido y compiladu per H. P. Rickman, Londres, 1961.) Foe el quien planted la pregunta sobre si es posible y cemo este tipo de comprensiOn a pesar de las brechas culturalea; hall6 la clavc a este problema en la conciencia"historica":

estado mental logrado per unos pores y dedicadns interpretes a craves de Ia rellexiOn sabre la estructura general y las categories de sus pmpias vidas a un nivel de abstraction tan elevado

q u e e p t r e d e m t e r s i r t e r a r e p u r i r r

moms como una hip:Steels taTettatte

yes del Csernpo. Los maestros contemporaneos que continuaron con el debate, como Gada mer mer y Habermas, toman direcciones opuestas. Gadamer piensa que la solucidn de Dilthey supone el aparato hegeliano que Dilthey estaba ansioso per exorcizar. ('lease H. G. Gadamer ***Truth and Method,*** en particular, pegs. 192-214, traducido al ingles, segunda edition, Londres, 1979.) Cree que la conciencia histarica de Arqufmedes que Dilthey creye posible, fibre de lo que Gadamer denomina, en su sentido especial de la palabra, prejuicios, es imposible, que to rniximo que podemos esperar lograr es una 'conciencia histetrica efectiva" que no apunta a mirar la historia desde ningen pun to de vista en particular sino a comprender de que manera nuestra perspective sufre Ia influencia del mundo quedesearnos interpreter. Habermas critica a Gadamer per la vision demasiado pasiva de este Ultimo de que la direction de la eomunicaciein es en on solo sentido, que el in terprete debe luchar por aprender y aplicar aquello que interpreta sobre La base de que este subordinado a su autor. Habermas hace la observation crucial (que **apunta mas** bien hacia fa interpretacien constructive y no de conversation) de que la interpretacion su pone que el au tor podria aprender del interprete. (Vease Jurgen Habermas: The Theory of Communicative Action 1, traducido par T. McCarthy. Boston, 1984.) Sin embargo, el extenso debate continua, dominado principalmente per Ia suposicien que describe en el texto, que Ia (mica alternative al entendimientocausa-efecto de los factures cialcs es on entendimiento de conversaciem sobre el model° de ***verstehen.***

(3,

Vease W. V. 0. Quint: ***Word and*** *Object,* 58.9, Cambridge, Massachusetts, 1960. El principio de caridad ester aplicado en un context° diferente en Wilson: "Substance without substrata", ***Review of Metaphysics,*** 521-39, 1959.

(4) Vease T. Kuhn: ***The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Clange,*** 320-51, Chicago, 1977; Kuhn: The *Structure* ***of Scientific Revolutions,*** segunda edicidn, Chicago, 1970; le. Popper: *The Logic of* ***Scientific Discovery,*** Nueva York, 1959.

(5) Vease Gadamer, supra fa 2.

(6) Este ejemplo se to debo a Thomas Grey.

(7) Jonathan Miller enfatizra el ml de Jessica en su production de 1969.

(8) Este punto es desarrollado, en el (=text° de **la** interpretacidn de estatutos y to Constitucien, en los Capitulos 9 y 10. Vease tambien: *Taking Rights Seriously,* capitulo 5, y mi ***libro: A Matter of*** *Principle,* capltulo 2, Cambridge, Massachusetts, 1985.

(9) Stanley Cavell: *Must We Learn What* ***We Say?,*** cap. 8, Nueva York, 1969. Comparese Gadamer supra n. 2, 39-55.

(10) Cavell, supra n. 9, pegs. 228-9.

(11) Vease T. S. Elliot: 'Tradition and the individual talent", ***Selected*** *Essays,* Nueva York, 1932.

(0) Circunstancias inusuales ausentes. Imaginen esta secuencia: un critic° insiste en que, a poser de que el mismo Fellini no se dio cuenta de esto cuando le filmes, la forma con ecta de interpreter La ***Strada*** es a traves de la historia de Filomena. Luego, el critic() aziade que la pelicula, asi entendida, es particularmente banal. Nos quedamos sin saber entonces per que sostiene dicha interpretaciOn. No me refiero a que cualquier tipo de actividad que denominamos interpretation apunta a hater lo mejor de aquello que intepreta (una interpretacion "cientifica^ del Holocaust° no Irataria de demostrar los motivos de Hitler bajo la perspectiva mas atractiva, ni tampoco una persona quo quiere demostrar los efectos sexistas de una dra cornice luchariapor encontrar una interpretacion no-sexista) pert) que este solo es asi en los casos nor-males o tipicos de interpretacien creative. Alguien podria quer& desacreditar a un escritor al Ira tar de demostrar el trabajo de este desde su poor y no su mejor perspectiva, y presentare su case como una interpreiachin, un reclamo sabre lo quo "realmente significa" el trabajo del escritor. Si en verdad *nee que ninguna otra interpretaciem se adapta igualmente bien al texto, su argument° can entonces bajo mi descripciem. Pero supongamos quo no y ester suprimiendo una interpretaciOn mas interesante del mismo. En dichocaso, su estrategia es parasite de Ia description normal, porque solo tends exile si su audiencia no se da cuenta de su verdadero objetivo; solo si tree quo ha tratado de produck la mejor interpretacien posible_

(0) Gadarner, supra n. 2.

(1) Habermas observa que la ciencia social se diferencia de Ia ciencia natural per esa razon sola-

mente. Sostiene quo aun cuando descartemos el enfoque de Newton de la ciencia natural coma la explication de los feneknenos de teorfa neutral, a favor do la perspective moderna do que la teorfa un cieridfico determinara amid° que el considera como datos, sin embargo,

ma diferente 0 en una epace diferente no muestra en ***si*** ningen defecto err Ia culture y enseñanza y procesos de rellexiiin y observation quo finalmente produjeron las convicciones que

-_-_.akeem-90643,9,-ryme-poede-Wekoefia)-hac-er que hues calitelosceeen-eatas-eoweeeieeefeearese---me a pre.g untar si tengo rezones genuinas pare pensar coma piens°. Padria Ilevarme a notar las relaciones entre las suposiciones morales de mi comunidad y las estructuras de so poder economic° y ou-os, y el hecho ***de*** notar estas relaciones podria debilitar la base quern's convictions tenian en mi anteriormente. Estas son Codas posibles consecuencias del hecho de dame cuenta de que soy una criatura de la culture, pero son consecuencias de ver mas quo ***solo*** esto y sr. necesita alga mas si el discernimiento es terrninar en una especie de escepticismo intern°.

A menudo se cree que el argumento sobre causalidad que acabo de describir es un buen argumento para una forma ***de*** escepticismo extern. (Vease Williams, supra n. 24. Sin embargo, la importancia del argument° causal para la moralidad es socavada por el hecho de que si creemos quo la esclavitud es incorrecta, no podemos imaginer un mundo diferente del nuestro sell) en el aspect° de que is eselavitud no es incorrecta.) Pero aqul no nos interesan los meritos del escepticismo extern°. Nos interesan las objcciones a la perspective comen de que una conviction moral puede ser mejor, y no solo diferente, que otras que contradice, que esa puede ser la respuesta correct a y Las otras ineorrectas. El texto sostiene quo este punto de vista es moral, y quo es una parte esencial de las convicciones morales donde reside. Una perspective moral solo puede ser darlada par un argument° moral. De modo que el escepticismo que temcmos es an escepticismo interne, y el argumento de causalidad no tiene tumor en si. Se que mis opiniones serian muy distintas si hubiese vivido en otras epocas. Pena tree que las convicciones que poseo son mejores y tambidn diferentes, y ninguna explicacidn causal puede forzarme a abandonar dicho panto de vista. elaro quo par supursto, un argument° moral pod ria lograrlo.

munidades interpre- tativas may diferentes a pcsar de que sus oficinas esten una frente a la wee seguimos sin explicar carrel alguien puede peesar que su interpretaeion es mejor que la ***de*** un colega que pertenece a otra comunidad. En ese caso, no kilo cree quo las convenciones de las dos comunidades son diferentes sino tarnbien que las de su comunidad son mejores, aquellas que deben usarse. De modo que la idea de cenvenciones y de comunidades profesionales no nos resulta eel y debemos par to Canto enfrentar la valiente position de que no existe una "respuesta correct" a la pregunta de cern° deberia interpreerse ***Paradise Last,*** que solo existen interpretations diferentes y no mejores unas que otras.

(24) Wiese, por ejemplo, Ted Henderich comp.: ***Morality and Objectivity,*** Londres, 1985; Bernard ***Williams: Ethics and the Limits of Philosophy,*** Cambridge. Massachusetts, 1985 y Thomas Nagel: ***The View from Nowhere,*** de proxima aparicien.

(25) Wiese: ***A Matter of Principle, cap&*** 5, 6 y 7.

(26) Si dijcra lo con traria, que realmente pensara que la superioridad del chocolate con pasas at rhum era an hecho objetivo del asunto y no solo mi gusto subjetivo, que estaba describiendo una propiedad del helado en si. y no mis preferencias, ustedes no estarian de acuerdo, pero el nuestro no seria un desacuerdo de segundo orden sobre la posibilidad de reclarnos estericos validos. Soria una disputa entre dos estilos a attitudes estaticas: mi tonta opinidn, que todos tienen una razon para valorar la mcviriencia del chocolate con pasas at rhum, se disfrute o no de fa experiencia, y su escepticismo (interno) mas atractivo de quo el helado puede poseur u n valor estatico de ese Ustcdcs no pensarem quo posed una ontologia defectuosa porque pienso que d helado tiene valor asi coma to donee la crema y el azacar, sine que tengo una sensibilidad defectuosa, quo no comprendo el caracter de una genuine experiencia este tice

(27) Cuando una persona cree o esta convencida de quo done seri tido prcguntar por su ***pedigree.*** es decir, pedir una explicacien de edimo liege a tenerlo. Algunas explicaciones suponen, en una parte de la historia que cuentan, fa verdad de la crececia o conviccian, y si se acepta una explicacion de este tipo, el hecho de la creencia es en si la evidencia de su verdad. Si podemos explicar la creencia de to gente de quo el cesped es verde solo en una forma que suponga que el rasped es verde (explicanda, pre ejemplo, que han vista cesped verde) obviamexiteea creencia roman es evidencia del hecho. Pero si las creencias de cede persona pueden ser explicadas en una forma que no presuponga el herho, entonces el hecho de la creencia no es evidencia de su verdad. Creemos quo podemos explicar plenamente la creencia de la genie en las brujas, par ejemplo, al describe supersticiones: nuestra explicaeien, sin importer haste clue punt° se continue, nunca apelara a ningran encuentro real que la gente haya tenido con las brujas. De ser asi, el hecho de quo algunas personas crean on las brujas no es evidencia de su existencia.

Una persona podria componer un arguments internamente eseeptico sobre la moralidad que comienza con esa observacien. Sostiene quo podemos explicar el }lea) de quo las personas tienen creencias morales sin superior la existencia de hechos morales especiales que han causado esas creencias. Dice quo nuestras creencias no son causadas per encuentros con hechos espccialcs sino al desarrollarse den tro de una culture en particular, esto explica per quo las personas de cultures difcrentcs poseen convicciones diferentes. Sin embargo, esta verosimil historia causal solo muestra haste ahora quo el hecho de nuestras creencias morales no es evidencia de su validez, y esto no resulta sorprendente. Selo el egelatra mas entusiasta piensa quo el hecho do toner una opinion moral en particular es en si an argument° pare dicha opinion. En todo caso, nadie deberia molestarse demasiado si es forted° a abandonar ese punto de vista. porque sell abandona un argument° para la validez de sus opiniones morales, dejando Sodas los argu mentos quo quiscra utilizar en su lugar. El eseeptice no solo debe mostrar que nuestras convicciones morales wieder) ser explicedas en formes quo no hagan referencia a ninguna propicdad moral causal en el universe, pero quo Ia forma que adopta la mejor explication de nuestras convictions las pone en dude.

Bajo ciertas circunstancias, descubrir Is forma en qua Ilegamos a creer algo hale que dudemos de do, pero esto se debe a quo citecubrimos alga qu***o rocollocemos coma*** un ***deficit)*** en nuestro rrietodo de instrueeirin. Si hu bitim aprorulidu toda Ia historia medieval de un libru que luego descubro es un trabajo de ficeirei popular

dudaria dr. lotto lo quo creia saber. Pero el morn hecho de quo mis convicciones morales serian diferentes si me huhieran cried() en for-

3. Retorno a is jurisprudencia

(1) La discusien ales sistematica de los criterion esenciales pare la existencia de un sistema legal, se encucntra en Joseph Raz: The Concept of a Legal System, segunda edicien, Oxford. 1980.

(2) tin clasico de la jurisprudencia sosticnc quo los estate tins no son Icy. J. C. Gray: ***The Nature and Sources of the Law,*** Boston, 1902.

(3) Algunas teorias legales quo en la superficie no son postulados de par clue la ley justifica la coercion estate] dependen a presuponen, sin embargo, cliches postulados. En el Capitulo 4 trato do demostrar coma formes familiares del positivismo legal se tornan noes interesantes cuando no se las considera teorias sernanticas sino interpretaciones que se basan en el postu lado de quo la fuerza colcctiva solo se justifica cuando este de acuerdo con las interpretaciones convencionales. En otro tad° trate de demostrar come la version de Hart del positivismo pmviene de su conviccion de que Las convencioncs legales especiales, problernatica; ci pragmatismo legal lo niega, tal como Io verernos en el Capitulo 5.) Pero esa condition puede lograrse por medic' de una teoria que hate que los juicios de moralidad y sa- mentos del dereche en-Itigarlie-lea-esrneas-fendsissenteardei--- — derecho. De modo quo puede lograrse por medio de conceptions del derecho que rechazan la tesis `de las fuentes', conceptions como las que en el Capitulo I describi come teorias moderadas del "derecho natural". Raz piensa quo el derecho no puede ser autoritario a me-nos que aquellos que lo aceptan ***nunca*** usen sus propias convictions para decidir aquello que requiera, aun de esta manera parrial. Pero por que el derecho debe ser una autoridad ciega en lugar de autoritario en Ia forma etas relajada que suponen otras conceptions? Es necesario una explicackm, y no sera suficiente recurrir a las reglas lingiiisticas, decir que es-to es justo aquello que "derecho" aceptadas on toda Ia comunidad, curan defectos en Ia organized(%) de coercion politica quo· serian inevitables sin estas convcnciones.

V6ase "A reply to critics", en ***Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence,*** Marshall Cohen comp., Nueva York y Londres, 1984. Joseph Raz ha desarrotlado recientemente una version del positivism° quo niega en forma explicit:a cualquier base en convictions politicas de cualquier tipo. (Pease Raz: "Authority. law and morality", en 68 ***The Monist.*** 295. Julio 1985). Insiste ett quo cualquier descripcidn adccuada de los correctos fundamentos del derecho debe explicar par que el derecho puede servir comp una ***autoridad*** y define la autoridad en forma tat quo las personas no pueden aceptar el derecho coma una autoridad a mcnos que sus pruebas de derecho excluyan juicios de moralidad politica. Cree quo aquello que denomina tesis las fuentcs", de que Los fundamentos del desecho deben ser exclusivamente verdaderos, surge de esa suposicien y definicion. 'Done razon al afirmar que cualquier interpretacien de exit() de nuestra practice legal debe reco facer y justificar is suposicien coman de que el derecho puede compelir con to moralidad y la sabilluda y, pare aquellos que aceptan Ia aoturitlad del derecho, haccr caso omiso dr. eslas virludes en su decisiOn final acerca de lo quo deben haecr. (No me reficro a que csta suposickin sobre la autoridad dcl derecho no sea o 'autoritarie significa bajo criterios que todos aceptaban pues su aplicacion educe a abogados y ! egos. Cualquier argument° verosimil que demuestre por que debe hacerse una distincion prictica entre aquellas justificaciones pars Ia coercion que provienen y aquellas que no provienen de fuentes reales, y por clue solo las primeras de-ben ser consideradas icy. Considero dichos argumentos en el Capitulo 4.

A pesar de que si tengo razen, ellos aceptan ese concepto como is base correcta pars el argument° sobre la naturaleza del derecho, y asi conciben sus teorias como escepticas sobre esa base: como una forma de abreviar su conception, declaran que el derecho no existe.

Cada sociOlogo o tedrico politico que habla de Ia moralidad popular y de

las tradiciones morales no tiene estas ideas relativamente simples en mente. Algunos quieren utilizar la idea de una mente cultural que mencione en el Ultimo capitulo; otros utilizan un concepto interpretative, en nuestro sentido, de modo que las tradiciones morales de una comunidad no son solo las attitudes o creencias de ciertas personas en particular sino la mejor interpretacion de estas. Pena ahora quiero distinguir la idea mis simple del concepto de derecho tal coma acaba de scr descrito.

Hart mstiene que debe hacerse una election entre un concepto de derecho amplio y uno estrecho para facilitar Is reflexian moral. Vease H. L. A. Hart ***The Concept of Law,*** 206-7, 1961. Para ello, es mejor rechazar dicha eleceidn como un asunto de estipulacion linguistics. Wan-se mis comcntarios en respuesta a Hart en Cohen comp., supra n. 3, gags. 258-60.

Para continuar con la discusion de las cuestiones tratadas en los Ultirnos parrafos, vease Cohen comp. supra, n. 3., pags. 256-60.

habitos de obediencia son el resultado del tomor a una sanciOn. Se cuida de no tomar mnguna position general acerca de los origcnes psicologicos de la obediencia; pars Austin, un habit° general de obediencia alcanza para gcncrar la ley, aun si este habit° se bass en el temor; pero un habit° desarrollado a partir del amor o el respeto por el soberano tambien serfs suficiente La descripcion que hace Austin de la convencion en terminos de habit° no es una teoria de convencion totalmente satisfactoria, tal como lo han establecido Hart y otros. Pero no distorsiona la teoria de Austin tratarla como una teoria de convencion, por muy insatisfactoria que la enoontremos. La version de Hart del positivismo *es* aun mis conventional, Pues su regla de reconocimiento es una regla que casi todos han aceptado, o al menos todos los jueces y otros abogados, sin importar cual sea el contenido de dicha regla. Vease H. L A

4. El convencionalismo

(1) La version de convencionalismo que aqui describe que mis adelante denomino oanvencionalismo*estricte puede ser mis compleja quo la forma en que lo explico. Pues una sociedad puede toner otras convenciones legates que especifiquen de que forma deben los jueces decidir los casos cuando ninguna k:gislatura haya decidido la cuestiOn en juego: por ejemplo, la convention de que los jueces deben decidir los casos en Ia forma que ***crean*** lo haria la legisiatura si tuviera que enfrentarse a Ia cuestion. Pero una sociedad se quedara sin otras convenciones de este tipo liegado el momento, y luego, el convencionalismo estricto debe permitirle a los jueces la discretion descrita en el texto.

(2) 12 idea de Austin de que por cjcmplo la ley se bass en el habit° general de la obediencia, puede ser expuesta nuevamente como una interpretackin o especificacion de la idea to que Ia ley se bass en Is convencion. Este hecho se confunde por el error comun, que Austin supone que los

Hart: ***The Concept of Law***, 97 107, Londres, 19(11.

(0) Vease David Lewis: Convention: A Philosophical Study, Cambridge. Massachusetts, 1969.

_ _01_ En la description -positive positivism*, 11 ***Journal of Legal Studies***, 139, 1982, reeditado en: ***Ronald Dworkin and Contemporaryfurisprudence***, 28, Marshall Cohen comp.. Nueva York y Londres, 1984, aparece el convencionalismo moderado. Vease tambien E. Philip Soper `Legal theory and the obligation of a judge", en el mismo libro, en particular las pigs. 17-20 (el derecho puede depender de juicios polemicos de moralidad si un cuerpo soberano declara que aqueilo que es justo es ley), y David Lyons: Principles, positivism and legal theory", 87 ***Yale Law Journal***, pigs, 415, 422 en adelante (el derecho puede depender de la interpretacitin correcta aurtque polemics de un documento fundamental redactado en teminos morales). Tal como senala Coleman, Hart parece rechazar la interpretation de sus puntos de vista que Soper y Lyons adoptan.

(5) Vease G. Erdlich: ***A Commentary on the Interpretation of Statutes***, sec. 4, 1888, (cita ambos easos, ei norteamericano y el ingles); ***Sutherland's Statutory Construction.***, sec. 46. 07, cuarta edition, Wilmette, Ill., 1985) (gobierna el significado comprensible a menos que resuite to absurdo); P. Langan: ***Maxwell on Interpretation of Statutes***, decimosegunda edicion, Londres, 1969 ***(idem)***. Vease tambien John W. Johnson: 'The grudging reception of legislative history in U.S. Courts*, 1978, ***Detroit C. L Review***, 413. (Dcbo esta referencia a William Nelson.)

(6) Puede proponerse el convencionalismo coma una interpretation de los sistemas legates en paises autoeraticos o no-democraticos, porque los funcionarios e incluso la poblacien en general de dichos paises pueden sastener convenciones que otorgan poder autocratic° a un grupo reducido o a un solo tirano. En dicho caso, si se aceptara el convencionalisrno como in mejor interpretacion, solo la opinion de los edictos do dicho grupo o dicho tirano constituirian la ley. Pero el convencionalismo tendria una atraccion menor en ese tipo de sociedad par que proporcionaria una explication menos atracliva de por quo la ley asi constituida justifica la coercion. Una teoria de derecho-divino o, en una comunidad menos teista, una explication estatista o dirigida hacia un objetivo seria mucho mejor. De modo que no es accidental quo las teorias positivistas, las contrapartes semanticas del convencionalismo, fueron desarrolladas primer° y se hicieron mis populares ***en*** democzacias. La description del derecho de Bentham, que Austin popularize, parece a primers vista que se adapts mejor a las monarqui as u otras comunidades con un "soberano" identificable. Sin embargo, Bentham desarro116 esa teoria cuando comenzaron a darse por hecho los ideates democritices, y el atractivo inicial de la teoria era, por ultimo, igualitario. Su teoria siempre ha sido rues popular en Inglate-

'' rra y los Estados Unidos que en cualquier otro pals.

(7) Una excepciOn obvia es la practica de la Corte Suprema al decidir los casos constitucionales en los Estados Unidos. Las personas pueden alterar en forma fundamental la prietica de la Corte solo a troves de enmiendas constitucionalcs. Esto ocasiona problemas especiales para la teoria dernocratica, que son considerados en el Capitulo 10.

(8) Selo "aproximadamente", porque en algunos casos, por razones procesales, la persona o institucidn en position del acusado es en realidad el demandante "sustanciar, es decir, la persona que Aide que el Estado intervenga. De modo quo deberiamos decir que el unilateralismo hace que el acusado sustanciai gane a menos que la extension explicita de alguna convention legal permits que gane el demandante sustancial. Aun on esta forma mis cuidadosa, el unilateralismo no ofrece ninguna recomendacion cuando Ia distincion entre demandante sustancial y acusado sustancial se desbarata, tat como sucede cuando las panes se disputan un titulo de propiedad que aim no esti en poder de uno ni del otro y que ninguno podria power si las tortes no intervinieran de alguna manor& Pero tales casos son bastante rams; el unilateralism ofreceria una decision en la mayoria de los cases dificiles.

(9) Sin embargo, el unilateralism° permitiria un tipo de decision diferente: que el senor O'Brian debe ganar el actual juido porque no existe una regla establecida que dictamine lo contrario, pero que el juez debe establecer una nueva regla para el futuro ***de*** modo que las personas que se encuentren en la posicion de la seflora McLoughlin puedan cobrar recompensa en futuros cams, dadu que pueden apelar a esa nueva reglamentacidn come parte de la extension explicita a trues de la decision del juez. A veces, los jueces deben fallar en esta forma cuando no solo estan creando una regla nueva cuando no existia ninguna sino invalidando una regla anterior sobre la cual se habria basado Ia parte ganadora. Esta practica, denominada invalidation ·presu nta". es tratada en mayor detalle en el Capitulo 5.

(0) Vease la discusi6n sobre la asirnetria del derecho civil y criminal en: ***Taking Rights Seriously, 100.***

(11) **Vease, per ejemplo,** *Bowie contra Ciudad de Columbia,* **378 U.S. 347, 1964. Las cartes inglesas han sido mucho menos soticitas. Vease:** *Shaw contra Director de los Procesos Psiblicos,* **1962, A. - .**

(12) **El unilateralism° seria aun nuts elective at proteger a las personas contra Ia intervention del Estado no anticipada si siempre asignara at demandante el peso de la prueba sobre cuestiones reales.**

(13) **Comparese G. Postema: "Coordination and convention at the foundation of law", II** *Journal of Legal Studies,* **165, 1982. Comparese F. Hayek:** *Law. Legislation and Liberty,* **2 vols. Chicago, 1973, 1976.**

(14) **Vease Lewis, supra n. 3.**

5. Pragmatismo y personification

(1) **Vease** Guido Calabresi: *A Common Law for the Age of Statutes,* **Cambridge, Massachusetts, 1982.**

(2) **Este case a favor** del pragmatismo llama la atencion de **Jonathan Swift. Gulliver inform(); "Es una maxima entre estos** abogados clue sea to quc lucre que **hays sido hecho antes puede ser hecho otra vez en forma legal: y por to tante, prestan especial atenciOn a Ludas las decisiones tomadas anteriormente en contra de la justicia comeln y la razOn general de la humanidad. Y las producen, bajo el nombre de** *precedentes,* **coma autoridades para justificar las opinions mas injustas.",** *Gulliver's Travels,* **bk. 4, cap. 5, 1726. Debo esta referencia a William Ewald,**

(3) **Lo he discu tido largamente tratando de demostrar sus relaciones con las d crisis virtudes, en** *A Matter of Principle,* cap. 3.

(4) **A esta virtud la** denomino debit() proceso "procesal" **para distinguirla de la idea diferente, que tambien gira sobre** la justicia, que esta latente en la clausula del "dcbido proceso" de la **Decimocuarta Enmienda de la Constitution de Ins Estados Unidos, tal como ha sido interpretada por la Corte Suprema en estos eltimos anos. Vease mi: "Reagan's justice",** *New York Review of Books,* **8 de noviembre, 1984.**

(0) Vuelvo a retomar **el tema del contrasts entre equidad y justicia en el Capitulo 6.**

(5) **Ve.ase** *Baker contra Carr. 369 U.* **S. 186, 1962;** *Reynolds contra Solis,* **377 U. S. 533, 1964;** *WMCA, Inc. contra Lomenzo,* 377 U. S. 633, 1964; *Maryland Communes for Fair Representation contra rooms.* 377 U. S. 656. 1964; *Davis contra* Mann 377 U. S. **678, 1964;** *Roman contra Sin-cock,* **37711. S.** 695, 1964; *Lucas contra Asamblea General Cuadragisimo cuarta,* **377 LI. S. 713, 1964.**

(6) **Comparese** *Candler contra Crane.* Christmas & Co., 1951, 1 Todo E.R. 426, en especial Ia opiniOn **disidente de Denning, I.. J.** con *Bredley Byrne & Co., 11d contra Heller & Asociados,* **1964, A.C. 465.**

(7) **Vease:** *A Matter of Principle,* **cap. 3.**

(8) **Vease la discusion en el Capitulo 6.**

(9) **Vease, para distinciones belles dentro del topic° general de la responsabilidad colectiva o grupal, Joel Feinberg:** *Doing and Deserving,* **cap. 9, Princeton, 1970.**

(10) **En el Capitulo 6, discuto las obligaciones fraternales, aquellas que los miembros de un grupo tienen el uno con el otro en virtud del hecho de pertenecer a este, y sostengo que bajo ciertas circunstancias puede considerarse quc las comunidades politicas patrocinan obligaciones fraternales** *de* **ese tipo. Por to tante, deberia aclarar quo no consider° los principles de responsabilidad colectiva que hemos estado analizando en esta discusidn coma aspectos de obligacidn fraternal quo solo son vat ides cuando so cumplen las conditions antes mencionadas. Dejo abierto el interrogante** *de* **hasta que punto son validos, per ejemplo, en comunidades politicas que no son to suficientemente igualitarias coma**

para ser consideradas asociaciones fraternales del tipo que discutimos en el capitulo 6.

(11) Thomas Nagel: 'Ruthlessness in public life", *Mortal Questions* 84, Cambridge, 1979.

(1) la justicia como equidad (aunque no en emit forma tan crud a y extrema) es el tema del clasico de Rawls: A *Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1971. Veanse pigs. 197-98 y 221.- 24. Vease tambien su: "Kantian constructivism in moral theory", *77 Journal of Philosophy* 515, 1980.

(0) Las teorias utilitarias tie la dernocracia adoptan esta posicion extrema. Vease James Mill: 'Essay on government', en J. Lively y J. Rees: *Utilitarian Logic and Politics*, Londres, 1978.

(2) Mas adelante en este capitulo y en el Capitulo 10, consider° con mayor detenimiento Ia relation entre voluntad de 1a mayoria y equidad. Si la fuerza de la equidad politica es tambien de influencia politica, una forma de votacion proporcional favorece una estructura electoral mas equitativa que la simple votacion per mayoria a pesar de que, tal coax) to sugiero en el text°, la votacidn proporcional a menudo no funciona. En las siguienies paginas del texto discuto un metotio especial para asegurar el tipo de influencia proporcional que recomiend a Ia equidad dente) del proceso electoral mayoritario normal, un meted() que denomino Ia soluciem diversiticada. Sostengo que como la equidad apoya las soluciones diversificadas, debemos hallar otro argument° para rechazarlas si las consideramos erroneas.

(3) Vease Alexander M. Bickel: *The Supreme Court and the Idea of Progress.* 109-17, 151-73, New Haven y Londres. 1978.

(4) Vease *Taking Rigths Seriously, passim*, en particular los caps. 5 y 7.

(5) La palabra "diversificado" se utiliza a veces para describir estatutos que haven distinciones que no son arbitrarias de esta manera, sine que sostienen una justificacidn de la politica mejor servida per las discriminaciones en cuestion. Mi intention es utilizar is palabra silo para describir estatutos que muestran incoherencia de principio y que pueden ser justificados, si pueden serlo, sobre la base de una justa distribucion del poder politico

entre los distintos partidos morales.

(1) Esta es **en cierta forma una description demasiado sencilla del modelo que scaoirnos. Sabemosque los principios que aceptamos en forma independiente a veces estan en conflict° en el sentido de que no podemos satisfacer ambos en una ocasidn en particular. Per ejemplo, pc. driamos creer que las personas deberian ser fibres para hacer kr quc desean con su propie**dad y tambien quo las personas debcrian comenzzu- la Vida en tcrminos de igualdad. I.uego, **surge Ia cuestidn de si deberia permitirse que los ricos dejen su foriuna a sus hijos, y podriamos creer que nuestros principios tiran *en* direcciones opuestas en esta cuestion. Tat come to veremos, nuestro** modelo requiere que la resolution de este conflicto se base en **principios. Un esquema de impuestos sucesorios podria reconocer ambos principios en una cierta relacidn al establecer tasas impositivas que son menes que confiscatorias. Pero insistimos en quo sea cual lucre Ia importancia relative de los dos principles que supongan la solution, dcbe fluir a traves del esquema y quc otras decisiones, sabre cuestiones que abarcan los dos mis. mos principios, respeten tambien esa importancia. En cualquier case, este tipo de conflict° es diferente de la contradiccidn de los estatutos diversificados descritos en el texto. En** estos estatutos un principio de **justicia no es dejado de lado o calificado por otro en una forma que exprese el range de ambos. Silo abarca un principio; *este* es afirmado a un grupo y negado a etre, y esto es to que denuncia nuestro sentido de propied** ad

(2) Vease nota 7. Podemos imaginar afros ejemplos de compromisos quc aceptariamos no coma violations de la integridad, ',argue reflejan principios de justicia que reconocemos aunque no searnos nosotros quienes los sancioneanos. las personas que se oponen en principio a Is perm capital aceptaran una reducciOn en la lists de crimenes que merecen la pena de muerte, siempre que aquellos que son ejecutados scan **moralmcnte mas culpables o discernibles se-**grin las normas **respetad as en el d creche criminal; aceptarin esto antes que, por ejemplo, un sistema quc permits que algunos criminales culpables de una ofensa capital escapee a la muerte per echar la suerte.**

(6) **No podemos explicar estos comprornisos constitucionales, tal come explicamos la decision del impuesto sucesorio descrito en la nota 7, at declarar que los compromises le atribuyen a cada uno de los dos principios rivales c independientes Ia importancia adecuada. Ningtin argumento de principio de segundo orden puede justificar que se prohiba at Congreso restrin. gir la esclavitud antes y no despuds de un *el()*** en particular. Madison dijo que el acuerdo era "mas deshonroso para el caracter national que ni siquiera mencionarlo en la ConstituciOn".

(12) La palabra desafortunada ponsue es etinsoldgicamente masculina. Tambien quiero decir club o asociacion femenina estudianlil, o la idea comim a estos teminos latinos.

(13) Agradezen aJeremy Waldron por Ilamarme la surveil:5n cora respect° a 1(ant y a Rousseau con referencia a este tema..

(14) Vease la discusiOn de los derechos legates en cassis de negligencia ***yperisricio*** en el Capitulo 8.

(15) Vease Rawl ***Theory of Justice,*** pigs. 11-22, 118-92,

(1) ***!dem*** en pigs. 333-362. Vease tambien su -Kantiart constructivisre, pig. 569.

(16) A pesar de que se utiliza ampliamerae este nombre para el argument°, Rawls (y Nozick asi como tarnbien otros seguidores) lo denominan principio de equidad. No

Farrand's Debates, 415-416.) Debo esta refere.ncia **a** William Nelson. Para un ejemplo de una decisidn de la Corte Suprema que parezca °fender integridad, vease ***Maher contra*** ***nce*** **Tribe*** **,** ***4merican***

va York. 1978.

(10) Vease en general Tribe, supra n.9, secs. 16-6-16-7. William Nelson en: ***77re Fourteenth Amend-ment From Political Principle to Judie:al Doctrine,*** caps. 8 y 9 (de prOxirna aparicien), explo-re el cornprontiso de los forjadores de la Derirnocuarta Enmienda cnn la integridad.

(0) ***Roe contra Wade,*** 410, U. S. 113.

(11) Vease Corte Suprema de los Estados Unidos, ***Thornburgh contra American College of Obstreti-CianS,*** Defensa por los Estados Unidos corno Amicus Curiae, julio 1985.

utilizo este terrnino porque uso "e.quidad" en la forma descrlia en **el** Capitulo 5 y este.

(17) Este es una adaptaciOn del argument° de Robert Nozick contra ei principio de juego limpio como la base de la autoridadsu libro: ***Anarchy, State and Utopia,*** 93-95, Nueva York, 1974.

(18) La familia demuestra que las distireas relaciones fraternales son cuestion de eleccidn, no so-lo en cuanto a los distintosgrados sino tambien a los distintos sentidos de la eleccien. Tarn-hien demuestra que las razones fraternales pueden estar mezcladas eon otros tipos de razo-nes para reconocer las diferentes formas de la obligacien. Los padres eligen tener hijos pero no, por lo menos en el estado actual de la tecnologia, tener los hijos que tienen. Los hijos no eligen a sus padres peso a menudo tie.nen obhgaciones con ellos que no amen con sus her-mans's, a quienes eligen mis que a sus padres. Por tante, es interesante que el tipo de obligaciones que estarrios estudiando Ileve el nombre de la relacion entre hermanos tomada como un paradigrna para clase..

(19) Podemos resolver este acertijo sobre la fijacion del nivel de concrecion para los requerimien-tos de reciprocidad al separar la pregunta de cuando las personas son miembros de una co-munidad fraternal de la pregunta de que le debe cada uno de los miembros de dicha comuni-dad a los &arias. Esto seria entonces una pregunta sobrecuando alguien es mi amigo y otra cdmo debo tratarlo en virtud de nuestra amistad. Si csta separacion fuera sensata, responde-slams la nItima pregunta insistiendo en que le deb° a el (era cosa que aquello que el piers sa me debe a mi. Pero esa es una soluckin incoherente, entre sus otras dificultades, porque no sabria lo que me debe hasta que yo dc:cidiera clue le debit a el, y era lo que no sabia en un principio.

(20) Debo este ejemplo a Donald Davidson.

(21) Esta precipitada observacian origina prrguntas acerca de la justicia, incluyendo preguntas sobre hasta clue pm° la justicia se extiende mas alli de los seres humanos a por lo menos otros animales, cosa que no persigo.

(22) Aqui ignoro el problema particular de Irlanda del Norte.

(23) Vease la discusiOn sobre personificacidn en el Capitulo 5.

k26) Este tipo de preocupaciOn a veces se denomina 'altruism°. Vease Duncan Kennedy: "Form and substance in private law adjudication", 89 ***Harvard Law Review.*** 1685, 1976.

(27) No es tan obvio que lo hiciera. Vease Robert M. *Cover*:*Justice* ***Accused: Antislavery and the Ju-dicial Process,*** New Haven, 1975, y critica publicada en el ***Times Literary Suppkment,*** 5 de diciembre 1975.

(0) ***.S(4f Ali contra Sydney Mitchell &*** Ga., 1980, Al:. 198.

(28) Pero vease la discusion sobre la ejecucidn de ***Brown*** en el Capittilo 10.

(3()) **En** otras partes he intentado deseribir y defender la distinciim entre principio y politica; vea-se *Taking* ***Rights Seriously,*** cap. 4 y el Apendice; ***Ronald Dworkin and Contemporary Jurispru-dence,*** 263-68, Marshall Cohen comp., Nueva York y Londres, 1984. Este distincion es utiliza-da con frecuencia en ***A Matter of Principle.***

(31) Este punto es elaborado en el Capitulo 8.

(32) Esti era, tal vez, la cuestiOn subyacente, aparente en las opiniones, en ***Cowrie, contra El Sind-*** ribunal de Apelaciones) C. 435 (Camara de los Loses)

7. La integridad en el derecho

(1) Tel vez esta una tarea imposible tal vez el proyecto esti destinado a producir no solo una novela pesima sino, en realidad, ninguna novela, porque la mejor teoria del arte requiere a un solo creador o, en el caso de ser mas de uno, que carte uno posea el control sobre la totalidad. QY (sue sucede con las leyendas y las bnamas? sQue pasa con el Viejo Testament° o, segtin al-gimes teorias, la ***Nada?)*** No necesito Ilevar misalli este pregunta porque snloestoy interesa-do en el hecho de que la tarea tiene sentido, en que cada uno de los novelistas de la cadena puede comprender de alguna manera lo que le piden hacer, en que sean cuaies

fueren las du-das que pudieran llegar a tenet- acerca del valor o caracter de aquello que surgiri.

(2) Vease el debate citado en el Capitulo 2, n. 16.

(3) Vease ***A Matter of Principle,*** cap. 7.

(4) Hercules jugn un papel imporiante en ***Taking Rights Seriously,*** cap. 4.

(5) Vease la discusion sobre bs estudios legales criticos mas adelante en este mismo capitulo.

(6) El desacuerdo entre los loses Edmund Davies y Scarman en el caso McLoughlin, descrito en el Capitulo 1, versaba tal vez sobre esta dcrlaracion. Las sugerencias de Edmund Davies, sa-bre los argurnentos que podrian lieges a justilicar una distincion entre dailos morales com-pensables y no-compensables, parecian apelar a argumentos politicos que Scarman se neer a reconocer como apropriados.

(7) Vease ***Taking Rights Seriously,*** cap. 4.

(8) Vease *Thomas* ***contra Winchester,*** 6 ***N.*** Y. 397, y ***MacPherson contra Buick Motor Co.,*** 217, N. Y. 382, 111, N. E. 1050.

(9) C. Haar y D. Fessler: ***77re Wrong Side of the Tracks,*** Nueva York, 1986, es un ejernplo reciente de integridacl sobre un ampho espectre.

(10) Vease, por ejemplo, el fall° de Benjamin Cardozo en el caso ***Hynes contra New*** York ***Central R. R Co.,*** 231 N. Y. 229.

(11) Estosdistintos debates acerca de por clue una buena interpretaciOn debe adaptarse en cierta forma a las opiniones judiciales del pasarlo asi corno tambien alas decisiones mismas son tra-tados en el Capitulo 9 dents° del context° de las declaraciones legislativas del pasado.

(12) Tengo en merge la distincien ***y*** el sentido especial de esauidarl descrito en el Capitulo 6.

(13) Pero vease la discusiOn sobre "pasivismo- cern° una teoria de adjudicaciem constitucional en eI Capitulo 10.

(14) Vease la discusinn de los distintos niveles de integridad en ***el*** Capitulo 11.

(15) El desacuerdo entre los loses Dipiock y Edmund Davies, por una parte, y ***el*** vizconde Difhour-ne por otra, en el notorio caso par blasfernia ***R. contra Lemon,*** 1979, 1 All E.R. 898, ilustra la importancia de no ignorar esta relacion entre los cambios en la rnoralidad popular y los lImi-tes de la prioridad local. El primer° insistia en que se interpretase la ley de blasfemia como si reflejara desarrollos en otras partes del derecho criminal; este ultimo, que la blasfernia, por al-guna razon desconocida, fuera considerada como un campo aislado.

(16) Vease D. Kennedy y K Klare: "A bibliography of critical legal studies", 94 ***Yale Law Journal*** 461, 1984.

(17) Vease el simposio sobre estudios legales criticos en 36 ***Stanford Law Review*** 1, 1984.

(IS) Excelentes ejemplos **de** composicion histdrica de esta forma incluyen Robert Gordon: "Histo ricism in legal scholarship-, 90 ***Yale Law Journal 1017.*** 1981, y "Critical legal histories", 36 ***Stanford 1,aw Review*** 57, 1984. Vease tambien el trabajo histdrico citado en Kennedy y Klare, supra n. 16.

(19) La reciente descripcion de Mark Tush net sobre el liberalismo es representativa de todas las descripciones de dicba teorfa politica que he visto en los estudios legales eriticos. Admiteque "cualquier descripcion abreviada del punto de vista liberal clasico (el liberalism° de Hobbes, Locke y Mill y el de Dworkin y Rawls), debe ser una caricature. Pero luego ofrece esta des

cripcien. clue es Inas una falsificacion. "la psicologia del liberalism() da por sentado un men do de individuos autemomos, cada uno guiado por sus valores y objetivos idiesincraticos, nin

u e l l o s q u e

s a m t i e r x - r t 1 0 3

dernis. En dicho mundo, las persona, existen cum Islas aisladas do individualidad quo oL gen entablar relaciones que pueden ser caracterizadas en forma maeuferim coma asuntos exteriores... En un mundo de individualism°

liberal... si los valores de una persona la incitait, per ejemplo, a apodcrarse de la propiedad de otra persona, la victima no puede apelar a un principio de supervivencia con el cual debe estar comprometido el agresor." (Vease Tushner: "Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles". 96 *Harvard Law Review 781,* 783 en adclante, 1983.) Aqui hay varios errores importantes. En primer lugar, la mayor parte de los liberales de Tuslinet reconoce en forma explicita que las personas estan interesadas on los destines de cada una. Nitaguno de sus debates depende de Ia rim dicula suposicion de que las personas no pueden compartir valores suficientes come para mantener un lenguaje comtin y otras instituciones sociales, y John Rawls, per ejemplo, ha si do cuidadoso en negar dicha suposicion. Vease su "Kantian Constructivism in Moral Theory", *77 Journal of Philosophy* 515. 1980, y su "Justice as Fairness: political not methapysical". 14 *Philosophy and Public* Affairs 223, 198.5. (Algunos lectores de *A 'Theory of Justice* de Rawls, Cambridge, Massachusetts, 1977, cometen el error de pensar que el objetivo de los miembros desinteresados de la "posicion original" quo construyei como un implement° analitico era expresar su teuria de la naturaleza human& El text° no alienta este equivoco que luego es negado en los ultimos articulos citados.) Segundo, ningu no do estos "liberates` excepto Hobbes (ipor que habria que considerar liberal a Hobbes?) adopter cualquier forma de escrarticisma sabre Ia posibilidad de que una forma de vivir Ia propia vida puede ser mcjor o mss valio-sa quo otra Mill, per ejemplo, rechaze el escepticismo sobre los valores morales. El cuadm de los estudios legales criticos sabre el liberalism° confunde esa forma de escepticismo, que la mayoria de los liberales rechaza, con el principio totalmente diferente que ellos aceptan, que sostiene que el valor relative de los objetivos personales no pmporciona justificaciones competentes para las decisiones politicas reguladoras, Tercero, este cuadro del liberalism° confunde ese principio, sobre la neutralidad del gobicrno con respect° a las concepciones del bien, con una neutralidad supuesta sobre los principios de justicia, que per supuesto el liberalisnio —per ser una teoria de justicia— debe rechazar. Es absurd° decir que un liberal no puede apelar a un principio do justicia para explicar per que habria quo impedir que aquellos cuyos "valores" los obligan a asaitar a otras personas in hagan. Tushnet no deberia haber cometido estos errores acerca de lo que piensart sus "liberates clasicos". Cita uno de mis articulos come autoridad para su punter de vista sobre aquello que creo junto con sus otros libera-les. En ese articulo, sostengo quo la moralidad constitutiva del liberalism° "es una teoria de igualdad que requiere neutralidad of cial entre las teorias sobre que es valioso en Ia vida. Esc argument° provocara varias objeciones. Podria decirse que el liberalism° asi concebido se basa en una vision mezquina de la naturaleza human *quo* supone que los sores humanos son atoms quo pueden exist ir y hallar la realizacion de los propios deseos fuera de la comunidad politica.. (Pen)) el liberalism° no puede basarse en el escepticismo. Su moralidad constitutiva hace que los seres humanos scan tratadus cum° iguales per el gebierno, no porque no exista lo correct° y lo incorrecto en la moralidad politica sino porque user es lo que esta bien. El liberalism° no se basa en ninguna teoria especial de Ia personalidad, y tampoco niega quo la mayoria de los sores humanos pensara que aquello que es bueno para ellos es que scan parte activa de la sociedad. El liberalism° no se contradice a si mismo: la concepcion liberal de igualdad es un principio de organizacien politica quo requiere la justicia, y no un mod° de vida para individuos". Vease *A Matter of Principle,* pag.203.

(20) "Dos principios compiten para ganar la atencien (dentro de la Icy de compensacion per act:i denies). Ill principio actualmente (avorecido es individualist& La responsabilidad del agresor debe estar limitada de mode quo haya una relation aproximada entre el grado de la falta y el aicance de Ia responsabilidad. I)e acuerdo con esto, proveniente de la nocion central do falta, un acusado solo es responsable per dafios razonabiemente previsibles... Sin embargo, basarse en forma exclusiva en dicho principio lxrdria iropedir quo victinuis inocentes y mermedu ras reciban su compensacion. for eso, existe un contraprincipio menus dominance aunquc establecido. Este estipula quo el agresor es responsable de cualquier consecuencia directa de su

accionar, *a* pesar de quo podria no ser razonablemente previsible. A pesar do quo este principio florecio y fee deminante *en* una epoca, en La actualidad su aplicacien se limita rids a aquellos cases donde las victims, 00010 los lieroof Oleos, son Ixtrticularrntone susceptibics a

los (lanes: agresor (lobe tomar a su victims cal cons/ la encuentra'... Cada principle pmvie-

ne de y es habilitado ixtr dos visiones totalmente &termites de una sociedad justa y democratica. Una deseansa eft un individua • has indepmdientes y aulosuficientes, quo elaboran y pers,guel, sus proptos planes en la vida con confianza. Los valores y los gustos son relatives y subjetivos... 12 otra vision proviene de un colectivismo que considers el mundo como conformade per personas interdependientes y cooperadoras. Reconocer la vu Inerabilidad de los individuos alienta a una mayor solidaridad y' altruismo... Cada vision solo represcnta una descripciem parcial e incomplela de la vida

y de sus posibilidades... Sea cual lucre el principio que elija una persona per su sola preferencia... (esta) no tiene nada quo decir a mod° de persuasion a otra persona que disienta con ella." Allan Hutchinson: "Of kings and dirty rascals: The struggle (or democracy, *Queen's Law Journal* 1985, pags. 273. 281·3.

Muchos de los lemas populares dentro de los estudios legales trit ices florecen en este argumento. Aqui, per ejemplo, es la misma caracterizacidn erronea del 'individualismo" liberal relacionado al atomismo social y a Ia subjelividad de los "valores' quo senalarnos en la nota 19. He aqui la familiar confusion entre escepticismo extern° e interne, concediendo Ia familiar queja de que los liberales no se dan cuenta de quo las convicciones morales son "simples" preferencias, do mode que las personas 'nada tienen que decir para apoyarlas. (No imports quo a los liberales se les haya impuesto esa forma de subjetivismo.) Nuestro actual interns re side en el diagnostic° de contradiccien: se dice que la ley sobre accidentes no solo es compleja, per los dos principios diferentes que funcionan en ella. sine tambien contradictoria porque estos no pueden estar juntas, ni siquicra come principles. Pero esa afirmacien se basa en un grave error de legic.a: razona en la direecien equivocada. Quiza sea cierto quo una persona que sostuviera Ia rara y casi incomprensible opinion de quo las personas son totalmente "independientes y autosuficientes" tendria quo ser Ilevada a pesar el test de responsabilidad. (Se dice quo los liberales sostienen ese extra° enfoque, y tal vez podria hallarse alglin liberal que en realidad In tuviera. Pero no se parece en nada al entogue de Mill u Rawls. o de cual-quitra de los elms filosofos influyentes dentro de Ia tradition Esto no es necesariamente cierto, pues podria Ilegar a

pensar que los hemofilicos necesitan que sus planes "inde pendientes" tambien sean protegidos, y esos agresores autosuficientes deberian asegurarse contra la responsabilidad rigurosa y asumir las consecuencias si no lo hacen. Sin embargo, *on* cualquier case, esta no es la cueslion, quo es mss bier) si *s6lo* alguiert que sostuviera esa extrafia posicien podria ser atraido a dicho test. Por clue ulla persona Inas sensata, que se da cuenta de que "el mundo esti con(ormado per personas interdependientes y cooperadoras", que se conmucven ante el llamado do "solidaridad y altruism" no deberia sentir compasion per el conductor negligence que time la mala suerte de atropellar a un hemofflico tante como per el hemofilico mismo?

De modo que la confiada asignaciem de los dos principios a las dos "visiones" contradictorias de la sociedad es rigida y sin fundamento. Estes principles son aspectos inevitables de cualquier respuesta deceit te a la complejidad del mundo. Solo dificren en su distribuciem del ries go de perdida entre dos actores, uno de los cuales debe perder debido a los actos o is situacien del otro, yes invemsimil suponer que alguien que hace esa elecciem en forma diferente en otros tipos de cirrunstancias, fijando Is perdida sobre el actor en algunas yen In victima en utras, es per esa razor moralmente esquizolrenico. El problema para Hercules, enfrentado at conjunto de decisiones que describe este critico, no es mss intimidante del que acaba de en(rentar en el texto hace tines mementos, y podria muy bien ser etas pmsaico. El oanstruye dos principles: que las personas no deberian ser responsables per causar dahos que no podian prover en forma razonable y que las personas no deberian estar on desventaja, en el nivel de protecrion que les otorga la ley, en virtud de discapacidades fisicas mas alli de su control. No time dificultad en reconocer ambos en plena funcion en la by sabre agravios y. en forma rnas general, de aceptar a ambos a nivel de principle abstracto. Estos principios son a veces competitivos pore no contradictorios. Pregunta si decisiones anteriores. en cases donde es-Lin en conflict°, los han resuelto en forma coherence. Tal vez lo has hecho, a pesar de que sea coal fuera la descripcion que acepta de dicha resoluciern es probable que requiem que tome *en* consideracien algunas decisiones del pasado, aquellas que son consideradas coma effuses. Tal vez no: tal *vez* un sistema legal coherence debe tratar todos los cases de este tipo de conflicto de la misma mancra_ Luego, debe preguntarse. en la forma que ya le es familiar, si una de las eleasiones que haria el sistema entre los principios queda anulada per cuestiones de adaptation; si esto no sucede, debe decidir cual es superior en moralidad personal y poll-

tica, y a pcsar de quc otros podrian decidir en forma distinta, esti) no es una objecion a su election.

bre_estudios Legales criticos supra n. 17,

8. El derecho consuetudinario

(1) Algunos abogados se vieron tentados por la notable aseveracion de que este solo principio proportion soda aquello que incluso Hercules necesita para construir una interpretacion comprensiva de todas las partes del derceho desde la estructura amistitucional hasta los detaIles de las reglas de evidencia y procedimiento. *Vease* en general: Richard A. Posner. ***The Economic Analysis of Law,*** segunda edition, Boston, 1977. Esa aseveracion imperial fracasara, per supuesto, si fracasa la aseveracion mss limitada que consid eraremo s. aquella que proporciona Is mejor intexpretacidn de is ley sabre dahos no intencionales.

(2) Vease la formulation del jucz Learned Hand (le este principio en: ***Estado Unidos contra Ca-Towing Co.,*** 159, F. 2° 164. 173, *(2°* Cir. 1947).

(0) *Vease* Posner, supra n. 1, pigs. 10-12.

(3) Vease en general: Guido Calabresi: ***The Cost °Meriden's,*** New Haven, 1970; Calabresi; "Transaction costs, resource allocation and liability rules. A comment", 11 ***Journal of Law and Economics*** 67, 1968; Ronald Coase: The problem of social cost", ***3 journal of Law and Economics*** 1, 1960. Vease tarnbien Guido Calabresi y A. Douglas Melarned: 'Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral" 85, ***Harvard Law Review,*** 1089, 1972.

(4) Vease Calabresi y Melamed, supra n. 4, Flags. 1089, 1096-97.

(1) *Vease* comp este argument° proporciona apoyo, a partir del principio economic°, para el test de "previsibilidad" utilizado en la interpretation 5), y en una forma calificada 6), en el Capitulo 7.

(5) Vease, per ejemplo, el debate sabre las consecuencias econornicas de elegir una base de negligencia o de responsabilidad cstricta pars la responsabilidad. Posner, supra n. 1, nags. 13742; Polinsky: "Strict liability vs. negligence in a market setting", 70 ***American Economic Review: Papers and Proceedings*** 363, 1980; S. Shaved: "Strict liability ***versus*** negligence". *9Jouraal* ***of Legal Studies 1,*** 1980. Vease, mss general: "Symposium: efficiency as a legal concern", 8 ***Hcistra Law Review,*** 485-770, 1980.

(6) Vease, par ejemplo, ***Union Oil Co. contra Oppen,*** 501 F 2° 558 (9° Cir. 1974).

(7) Para una version anterior de este punt°, y continuar con la discusian acerca de Ia interprets cion ecoriomica, vease: ***A Matter of Principle,*** caps, 12 y 13.

(8) Me refiero a que el argument° ahora descrito es una forma de argument° utilitarista, y no porque cada argument° utilitarista deba adoptar esta forma. Algunos filosofos que se consideran utilitaristas insisten en que el bienestar quc buscan incrementar al maxima esta muy lejos de ser uns mera cuestion de felicidad. Pero coma es inverosimil quc un esquema de ley para incrementar al maxima la riqueza increments cl biencstar sabre alguna concepciiin alas sensible que la felicidad a otros co mponentes del florecimicnto humane, considem pare este debate solo la forma de utilitarismo mss familiar desde el punto de vista historic° que otorga a la felicidad un rol casi exclusivo en el logro del bienestar.

(9) Vease, per ejemplo, R. M. Hare: ***Moral Thinking: Its LeveLs, Methods and Point,*** Londres, 1981.

(10) Vease ml in defense of equality" 1 ***Social Philosophy and Policy*** 24, 1983.

(11) Vane mi: "What is equality? Part 1: Equality of Welfare", 10 ***Philosophy and Public Affairs*** 185, 1981, y "Part 2: Equality of Resources", 10 ***Philosophy and Public Affairs,*** 283, 1981.

(12) Robert Nozick vio que la igualdad en algunas conceptions seria corrompida de manera inevitable par

(5)

(6)

cualquier tipo de transaccion de mercado; esa es is fucrza de su famoso ejemplo de Wilt Chamberlin (vease su ***Anarchy, State and Utopia,*** 160-4, Nueva York. 1974). Sin embargo, ten ia en mente Ia igualdad material y stria erratic° suponer, segun declare en el texto, quc cada conception de igualdad, menos is concetwian liberal, tendria esa consecuencia_

(13) Estoy dejando de lado una cuestion importante, que es si nosotros comp individuos podemos adoptar una actitud par lo general permisiva hacia el use quo hacemos de nuestra propiedad y cuando podemos hacerla cuando creemos que el esquema public° no puede defenderse bajo ninguna conception de igualdad ve_rosimil. Podrian proponerse distintos argumentos

para justificar una actitud permisiva incluse bajo estas circunstancias. Quiza, per ejemplo, la

division de responsabilidad discutida en el text° sea la mejor estrategia pars lograr un nivel

da,¯aari cuando Is Igualdad·adrr·nr trr

lograda ni siquiera en forma imperfccta 0 tal vex cualquier otra estrategia, que impone responsabilidades morales mks severas sabre cada uno de los individuos, nos Bevaria ***a*** is "victi-mizaciem". es deck, a responsabilidades morales tales que cualquier individuo que las aceptara se versa obligado a asumir una posiciOn economica peer que aquella que ocuparia bajo un esqucma genuinamente igualitario. 0 tal yea, Is mayoria de las decisions que los individuos toman sabre su propiedad posse consecuencias tan diversas c impredecibles que nadie

p

odria asumir tomar sus decisiones particulares en forma sal que mejore la igualdad en general. Vease ml "What is equality? Part 2-, supra n. 13.

(16) Algunos argumentos tentativos a favor se encuentran en: "In defense of equality".

(17) Vease 'What is equality? Part 2".

(18) La calificacidn aqui discutiva es sensible a una cuestion que ameriormente habia dejado abier-ta al discutir lo que denomine el primer problems en Is hipatesis permisiva (vease n. 15). 4Que justifica nuestra actuation, como individuos dia a dia, coma si la distribution ***de*** Is pro-piedad hubiera logrado reaimente la igualdad de recursos entre nosotros? Estoy suponiendo ahora que nuestra respuesta se bass en alguna forma sabre los juicios de estrategia, o apela-ciones a Is fal ta de inforrnaciOn, en forma tal que el permiso no es valid° en eiertas circunstancias especiales, cuando alguien sabe quo su comportamiento tendra un impact° inmediato y previsible sabre la igualdad de recursos, quo una decision que puede lomar mejorara la igualdad sin vietimarse a si raisin° y a otra provocara una desigualci ad de recursos.

(19) Wase: "What is equality? Part 2", y ***A Matter of Principle,*** cap. 17.

9. Estatutos

Como la decision politica que ahora esta interpretando Hercules es **un** estata to en lugar de una sense de decisiones judiciales del pasado. cuestiones de politica sun pertinentes a su decision sabre que derechos deberia considerarse fueron creados ***per*** el estatuto.

Tampoco encontraria respuestas independientes de sus propias convictions al tratar de ver clue hacen los dernas jueces, porque la practica difiere entre ellos. Necesitaria interpretar su practica en la forms descrita en los dos altirnos capitulos y hater esencialmente los mismos juicios sabre Is equidad politics al decidir que interpretacidn mostr6 mejor, en su conjunto, Is prictica

Comparese la teoria del "voto-intention" desarrullada par P. Brest en: The misconceived quest for the original understanding", ***60 Boston University Law Review,*** 204, 21215, 1980. Por supuesto, si existiera una regla establecida sobre la forma en que los estatutos, coma el Ada de las Especies en Pcligro, deben ser interprctaclos, una regla que per ejemplo dictara que los jueces deben interpretar el estatuto "en forma detallad a" para conferirlc al secretarin el menor poder posible, los congresales utilizarian dicha regla para predecir que les sucerleria a sus estatutos en la Corte. Si Hermes hubiera somelido a consideracion esa regla, estania hacienda aquello que los legisladores csperaban pero no porque ellos to esperaran. Esta regla explicaria Ia forma en

quo Hermes decidid el caso y que predijeron los jueces, pero los explicaria en forma indepcndiente una de otra. Sin embargo, dicha regla no existe y Hermes esta per lo tanto interesado en las predictions legislativas no para que esten de acuerdo clan su decision sine pars que scan su fundamento. Egli es Is upcien que sostengo seria autodctructiva.

Para una excelente descripcidn de las dificultades pars determinar la verdad o falsedad de declaraciones contrafacticas, vease Nelson Goodman: The problem of

counterfactual conditionals", en ***Fact, Fiction and Forecast,*** 1 27, cuarta edition, Cambridge, Massachusetts, 1983. Para una discusion to contextos opacos, vease W. V. 0. Quine: ***Word and Object,*** 140-56, Cambridge, Massachusetts, 1960.

La integridad en esta forma podria Ilevarlo a rechazar una interpretaciOn que estaria mas put~
xirna a las intentions concretas del bosquejador. Ve.ase Ia opinion disidente de Lord Den-

ning en ***Macarthys Ltd. contra Smith,*** 1979, 3 All ***E.R.*** 325, 330. Debo este ejemplo a Sheldon Leader.

10. La Constitution

(1) ***Marbury contra Madison,*** 5 U.S. (1 Cranch), 137. 1803.

(0) No ofrezco ningUn argumento para esta declaracien pues seria necesario otro libro. Tendria que tomar en cuenta, entre otras cocas, que ei registro de la Corte Suprema ha side irregular, que las instituciones que denomino 'mayoritarias" no siempre (algunos dirfan nunca) han re-presentado las opinions o los intereses de la mayoria de los ciudadanos, y que la Corte ha ejercido a veces el poder que Marshall declare que hacia estas instituciones mas mayoritarias de lo que habrlan sido de otra forma.

(1) El juez John Paul Stevens ha criticado recientemente a ciertos jueces colegas per incoherentes. Dijo que estos son considerados coma conservadores y sin embargo, han estado revisando en forma radical pastes enteras del derecho constitutional, y no decidiendo cada case a medida que surge sobre una base no mayor a la necesaria pars decidir dicho case. Vease ***New York*** *Times,* 5 de agosto, 1984, A 1, col. 1.

(2) Comparese ***Roth contra United States,*** 354, U.S. 476, 494-96, 1957 (opinion separada de Warren C. J., pero de acuerdo con el dicta:nen) (materiales obscenos no protegidos per la Primers Enmienda) y ***Jacobs/Us contra*** *Ohio,* 378 U.S. 184, 199-203, 1964 (Warren, C. J. disidente) (con referencia al "derecho de la Naciem y los Estados a mantener una sociedad detente") con ***Griffin contra Illinois,*** 351, U.S. 12, 1956 (los acusados criminales indigentes no pueden ser constitucionalmente obligados a pagar per una copia del juicio antes de obtener la reviskin per un tribunal de apelaciones), ***Douglas contra California,*** 372 U. S. 353, 1963 (el Estado debe proporcionar consejo para una apelacien a los acusados criminales indigentes) y ***Harper contra Virginia Board of Elections,*** 383 U. S. 663, 1966 (que condiciona que el derecho a votar mediante el pago del impuesto al voto es inconstitucional).

(3) Vease John Hart Ely·. ***Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review,*** Cambridge, Massachusetts, 1980; M. Perry: ***The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policyrnaking by the Judiciary,*** New Haven, 1982; R. Bork: 'Neutral principles and some first amendment problems', 47 ***Indiana Law Journal*** 1, 1971; Thomas Grey: "Do we have an unwritten constitution?", 27 ***Stanford Law Review,*** 703, 1975.

(4) Citado en Raoul Berger. ***Government by Judiciary,*** 118-9, Cambridge, Massachusetts, 1977.

(5) Vease H. Jefferson Powell: "The original understanding of original intent", 98 ***Harvard Law Review*** 885, 1985.

(6) Investigue esta distincion, entre una interpretacien opaca y una transparence de disposiciories constitucionales abstractas, ***en: Taking Rights Seriously,*** 134 en adelante. Compare la interpretaciem constitutional con cl prublema al quo se enfrentri un hijo cuyo padre lc ensaid a ser justo. Dije que su padre lo cargo con el ***concept°*** de justicia y no con la ***concepciax*** particular de justicia que el padre tenia en el memento de dar la instructi0n. Vease tamblen Dworkin: ***A Matter of Principle,*** cap. 2.

(7) Tenemos evidencia de que no tenian esta meta-intenciem. Vease Powell, supra n. 7.

(8) No me relies° a quo el historicismo es en si una description cone ncionalista del derecho constitucional. No puede scrlo porque no tenemos ninguna convencien cuya extension mphcita incluya la propuesta de que las intenciones concretas de los forjadores Sian el derecho constitucional.

(9) Como esta discusien comienza con la suposicidn de que estamos comprometidos con la democracia y quo nuestras elections son to suficientemente democraticas como para requerir deferencia a las decisions logislativas, es en particular debil cuando se le pide a la Corte que decida que considers Ia Constitution come democracia. (Verse Ely, supra n. 5.) Por lo tanto, una persona pasiva necesita otra distincidn: necesita distinguir aquellas dispositions constitucionales que protegen la equidad dcl proceso politico de aquellas encargadas de garanfizar la justicia de sus resultados. Si tree que el derecho a la libertad de palabra o los derechos que garantizan un tratarniento igualitario a los grupos minoritarios, per ejemplo, sc intcrpretan mejor como proteccien de la equidad de la democracia norteamericana, y entonces no tiene razein alguna pars deferir a] jucio de los funcionarios elegidos acerca de cuando han sido violades (son derechos. Esta calificacidn no pone en peligro el enfoque pasivo en general, porque no se aplica a los derechos que no son correctamente entend ides de era forma, como los derechos supucstos a un aborto o contra la pena de muerte. Una

justicia pasiva quo considc-

(12) rva que estos derechos putativos son solidos en justicia mas queen equidad dejara que los fun-cionarios elegidos decidan si la Constitucion kis abarca.

It Boric Neutral principles

Journal 1, 10,1971.

(0) ***Scott contra Sandford,*** 60 U.S. (19 how.) 393, 1&56.

(1) ***Lochner contra Nueva Yoth.*** 198 U.S. 45, 1905.

(13) Vease Ely, supra n. 5.

(14) En ***Kermess,*** 323, U.S. 214, 1944, la Corte se neg6 a proteger a los japoneses norteamerica-nos contra el intemamiento injustificado a principios ***de*** la Primera Guerra Mundial.

(15) 163 U.S. 537, 1896.

(16) Vease ***Mclaurin contra Oklahoma State RegePrts,*** 339 U.S. 637, 1950; ***Sweatt contra Painter,*** 339 U.S. 637, 1950; ***Siptiel contra Etoard of Regents,*** 332 U.S. 631 ***(per curiam); Missou*** ri ex rel. ***Gaines corans Canada,*** 305 U.S. 337, 1938.

(17) Para una discusirin Inas extensa de esta distincion, *vease* ***A Matter of Principk,*** cap. 3.

(2) ***Brown contra Board of Education,*** 349 U.S. 294, 1955.

(18) Vease ***Keyes contra School District N° I, Denver, Colorado,*** 413, U.S. 189, 1973; ***Milliken contra Bradley.*** 418 U.S. 717, 1974; ***Milliken contra Bradley.*** 443 U.S. 267, 1977; ***Da)ton Board of Edu-cation contra Brinkman,*** 433 U.S. 406, 1977; ***Columbus Board of Education contra Penick,*** 443 U.S. 449, 1979; ***Dayton Board of Education contra Brinkman,*** 443 U.S. 526, 1979.

(19) Vease, por ejemplo, Chayes: 'The role of the judge in public law litigation', 89 ***Harvard Law Review,*** 1281, 1976; Piss: "Foreword: the forrns of justice", 93 ***Harvard Law Review*** 1, 1973.

(3) ***Regents of the University of California contra Bakke,*** 438 U.S. 265, 1978.

(20) No lo hizo en el Acta de los L)erechos Civiles ***de*** 1964. Vease ***A Matkr of Principk,*** cap. 16.

(4) ***Ibidem,*** cap. 14.

(5) ***Ibideon,*** cap. 15.

(21) \Tease la opinion del juez Powell en ***Bakke,*** 438 U.S. 215.

(22) Vease mi: "Reagan's justice", ***New Yoth Review of Books,*** 8 de noviembre, 1984, y 'Law's arnbi-tions for itself , 71 ***University of Virginia Law Review,*** 73, 1985.

(23) No sustituira su juicio sobre bases constitucionales cuando sus tecnicas de construed& de estatutos han producido una conclusiOn acerca de qui'. es lo que dice un estatuto correcta-mente interpretado. Sin embargo, sus convicciones sobre politica tendran un rol en esta Ulti-ma decisien, For las razones y en la forma descritas en el Capitulo 9.

(6) ***Lochner contra Nueva York,*** supra n. 14. La opinion en dicho caso trata la cuestion corn° una de principio, sobre si los panaderos y sus empleados tienen el derecho de pactar mas horas de trabajo si lo desean. Hercules habria respondido que la interpretacion particular del prin-cipio de libertad de contrato que est° supone no puede ser justificarla bajo ninguna interpre-tack:5n razonable de la ConstituciOn.

11. El derecho Inas Oa del derecho

(1) Esta caracteristica de la practica legal es fuente de complcjidad lingiiistica. En algunas cir-cunstancias, cualquier juez precis() sobre que es el derechodebe de alguna manera, referirse al nivel de la Corte en la cual se supone surgira la cuestion. Supongan que un abogado cree que la Corte mas alta de una jurisdiccion tiene el deber, que surge del derecho corno integri-dad, de anular un precedente y fallar a favor del demandante, pero que una Corte inferior, li-mitada por una estricta doctrina de precedente, tiene el deber de hacer cumplir dicho prece-dente y asf falla entonces a favor del acusado. Podria decir (esta es una manera de establecer el punte) que el derecho para una Corte superior es distinto que para una Corte inferior. 0, podrfa decir (ittsta es otra) que corn° la Corte superior tiene la Ultima palabra, el derecho es -en realidad" para el demandante, a pesar de que puede apelar para que se reconozca y haga cumplir dicha ley. El vocabulario del derecho. aqui como en el caso de los sistemas legales perversos en el Capitulo 3, es lo suficienternente flexible coma para permitimos describir la rnisma estructura compleja de relaciones legales (derechos y deberes que se pueden hacer cumplir en ciertascircunstancias especificas) de distintas maneras segan la audiencia, el con-text° y el proposito.

(2) Me niego a repetir la gran lecci6n del Capitulo 9, que la integridad sustantiva desempeflara un gran papel en la decision de Hercules sobre e6mo interpretar un lenguaje vago, ambigua o dificultoso en este estatuto. Aqui estoy suRoniendo que el text°, el condtexto y la historia le-gislativa son bastante precisos de modo que hasta el est& de Hercules e interpretar estatu-tos produce la incoherencia con el resto del derecho que supongo en el texto.

(0) ***Sail Ali,*** citado en el Capitulo 6, n. 28, puede resultar ser una advertencia temprana de ese ti-po. Si Hercules cree que la integridad requiere que se reconozca la restricciOn procesal en el caso en el cual el hace la advertencia, piensa que la ley esta entonces a favor del abogado de-tensor. Pero una vez hecha la advertencia, esa restricciOn desaparece, y asi la ley no estara a favor del abogado defensor en un caso posterior.

srn o, 2
BORK, R, 309 n. 5, 310 n. 10
BREST, Paul, 307 n. 3
Brown, caso, 33-35; como revolucien so-cial, 16, 274-276; y positivism° legal, 39; y convencionalismo, 93, 101; c integridad contra pragmatismo, 161; y moralidad popular, 180; y Decimo-cuarta Enmienda, 251; e historicis-m°, 258; y pasivismo, 263-264; inter-pretacidn de Hercules, 267-276, 280; y teoria de las fucntes prohibidas, 270. ***Vease tambien:*** Decimocuarta Enmienda.
BURGER, Warren, 29, 30, 39

Cadena del derecho: y la novcla en cadc-na, 166-168; y el caract er de Scroog e. 169-172; y el respet o del text°, 172; juego de adapt acien /justif icacie n en, 1'73; interp retacio n de estatu tos en, 223. ***Vease tambib t:*** Cuerd a, ana-logia de la.
CALA13RESI, G.. 300 n. 1, 306 nn 4, 5
Camara de los Lores: registr os confidc n-dales, decisio n por la, 16; y prece-dente, 31-32; en el caso McLou ghlin, 33, 40; en la perspc ctiva conve ncio-nalista , 90; y la inmu nidad de los aboga dos, 161, 282
CARDOZO, Benjamin, 291 n. 7
Caso facil, problema del, 249, 308 n. 14 Casos. ***Vease:*** Casos dificiles; Casos pare-cidos; Casos fundamentales.
Casos dificiles: en el punto de vista dcl hecho evidente, 21; en las teorias se-manticas, 40, 43; preguntas posinter-pretativas en, 80; en el sistema nazi. 84; y la interpretacion, 85; enfoque convencionalist a de, 91, 97, 99-100, 102, 106. 119; tratamiento pragmati-c° de, 119-120, 121, 123; y el derecho como integridad, 164-165, 167, 184, 185-186, 190-191; Hercules contra jucces reales en, 190; y los casos 190-191, 249-250, 308 n. 13; perspectiva popular de,

191; y los es-tudios legales criticos, 197; enfoque de simulacien de mercado con res-pect° a, 214; y los suenos del dere-cho, 288; perspectiv a de "ninguna forrna correc ta" dc, 289. ***Vease tam-bien:*** Lagu nas en el derec ho; "Ha-
Casos fund amen tales: contr a la defen sa "Limi te" del positi vism° , 41-42; y el desac uerdo , 44. ***Vease*** tarnb ien: Pa-radig mas.
Casos parec idos: igual trata mien to de los, 124; y la integri dad politic a 16°-163. ***Vease tantbi bt:*** Coher encia con el pasa do; Prece dente .
Causalida d, ejemp lo del conce pt° de, 35-36, 297 n. 27
CAVF.LL, Stanley, 51-52, 54
Ccrteza, valor de la, 259-260
Civil, derecho, y unilater alism°, 109
Civil, desobedi encia, y la fuerza de la ley, 88-89
Civiles, juicios, importancia de, 1. ***Vease tambien:*** Juicios.
Claridad de lenguajc y la interpretacidn de cstatutos, 247-249
Clasifimcion del derecho contra la discri-minacien, 269, 271, 272
Coherencia: c integridad politiat, 160-163; y el derecho como integridad, 165-166
Coherencia con el pasado: y conven-cionalismo, 100-104, 112; y pragmatismo legal, 115, 120-123; e integridad politica, 125, 160; y el dcrecho como intcgridad, 166.
Cohcrencia del derecho y el caso Elmer, 27-28. ***Vease tamable»:***

Integridad, el derecho como.
Colectiva, conciencia, 57, 294 n. 15
Colectiva, principio de compasion, 193
COLEMAN, Jules. 299 n. 4
Command, teoria del derecho, 36-37.
Vease tamable*: Positivism° legal.
Comparativo, costo, e igualdad, 214-219
Compromiso: el remedio de Brown co-mo, 34; entre las virtudes politicas, 132-133; y leyes "diversificadas", 133-137, 301 n. 7; interne, contra ex-tern°, 134; aceptacion convencion a-lista, 154; contra el principio de da-hos comparativos, 216; en las inten-clones de los legisladores, 230
Comunales, obligacionc s. ***Vease.*** Asoria-tivas, obligaciones.
Comunidad: y la actitud interpretativa, 45-46; personificacien de, 56-57, 126-131, 139, 164, 210; y el derechocomo inteRridad, 78; en la integridad poll-tica, 140-141; "mere contra-verda-dera", 148-149, 150, 152-153; sociedad politica corno, 153; modelo de facto de, 153-154, 155; model° de reglamento de, 154, 155-156, 244; y el amor, 157; riqueza de la. 198 ***(pease tambien:*** Wealth, test de); interpretacien pura del derecho dirigida a la, 285; y la actitud del derecho, 290
Comunidad de principlo, 155, 156.157; y la legitimidad, 157, 158; en el dere-cho como integridad, 175-176; y la integridad, 189, 284, 288; y la respon-

sabilidad privada, 214, 220; y las convicciones de los legisladores, 232-233, 234, 238; y la historia legislativa, 244; y la justicia, 285
Concepciones del derecho, 76-78; cuestiones para, 80-81; y el derecho per-verso, 82, 83, 86; sobre los fundamentos y la fuerza del derecho, 86- 89; y la practica legal, 107; y la legitirnidad, 141-142. ***Vease tambien:*** Convencionalismo; Integridad, el derecho como; Pragmatismo legal.
Concept of Law, The (Hart), 37
Concept° del derecho, 75-77, 86, 87; *y* la fuerza del derccho, 87, 141
Concepto-concepcidn, distincion de, 61-62
Cortflicto: entre virtudes politicas, 132-133, 140; de derechos abstractos, 209. 210, 214, 218, 220, 221; de conviccio nes, 234–236, 237
Confusien de lengu ale y la interp retaci en estatu taria, 247-249
Consecue nciali smo. ***Vease:*** Teoria econo-mica sobre dafios no inten cional cs, politi ca de la; Iltilita rismo.
Consenso: en la etapa preinterpretativa, 58; contra la convencion, 104–106
Consentimiento, legitimidad a traves dc, 142-143
Conservadorismo: de los jucces, 253-254; y Hercules, 279-280
Constitucion norteamericana: y los canones legales, 75; y la perspectiva del convencionalismo, 90, 106; disposi-clones sobre la esclavitud, de, 137; y moralidad popular, 180; rcstriccio-nes, en, 251; y el rol de la Corte Su-

prema, 251-252; autores no representativos de la JdZastr ausAatu _____ tos, 267; requisito de racionalidad en, 269, 278; *vease tambilia:* Supre-ma, Corte. ConstitucionaI, adjudicacien; *vease:* Interpretacien de la Constitucion. Constructiva, interpretacion, 48-49. 50, 51, 54, 55, 57, 294n. 15; teoria legal como, 74; contra el punto de vista del significado original, 224, 237. *Vease-setambie n: Interpr etaci6n.* Constructivos en el derecho, reclamos, 166 Consuetudinario, derecho: cadena de, 172-173; conflict° de derechos en, 221. *Vease tamable's:* Emocionales, dafios; Ley sobre dafios no intencio-nales; Precedente. Context°, sensibilidad del:

en.
Convencion: en la teoria de Hart, 37; contra el consenso, 104-106; coordinaden a traves de, 110-111. *Véase tambiear* Reglas.
Convencionalismo, 76-77, 90-92, 288; y los derechos legales, 77, 116; perspectiva popular detrasdel, 90, 91,
stados mentales, 23°-232, 233
Contribucien, sistema de. *Vease:* Afirmativa, acci
, 192-193, 194, 195, 196; en el liberalismo°. 196, 304n. 20
Contrafacticos, e
del lenguaje legal, 83-84; y las teorias semanticas, 86
Contradiccien: y la persperticva escepticade la integridad

93.94; teorias semanticas positivistas, 91; las convenciones legales, 94-96; estricto contramodcr ado, 97-100; y la coherencia con el pasado, 101, 102-104, 112; y la atención a la intención del legislador, 100-102, 104; y el derecho como integridad, 107-108; y la interpretación constitucional, 107-108; y la interpretación de los estatutos, 102-104; y la interpretación del precedente, 100-102, 104; y la interpretación literal, 94-96; y la interpretación originalista, 97-100; y la jurisprudencia sociológica, 91-92; y la moralidad política, 108-109; y la regla de reconocimiento, 93-94; y la teoría del derecho como integridad, 107-108; y la teoría del derecho como práctica social, 103-104, 164, 165, 188, 288; y la distinción convencional-consenso, 104-106, 110; contra el desarrollo del derecho, 105-106, 119, 287; y la democracia, 107, 299 n. 6; equidad de, 107-108; como reductor de sorpresas, 107-

interpretaciO n, 58; descripciOn illos6fica, 59-63; y el es-cepticismo, 66, 68; como convenci6n, 95; y In funcien de los jueces, 166; contra la justicia, 295 n. 20
COVER, Robert, 302 n. 27
Creativa, interpretaci6 n, 47, 48-49, 50, 51, 53, 55, 57, 166
Criminal, coherencia a integridad en el proceso, 163. *Vea.setam bien:* Dcbido proceso.
Criminal, unilateralis mo en el derecho, 109
Criminales, la importancia dcl derecho y los casos, 15. *Vease tambien:* Casos.
Criticos, estudios legates, 194-196; y el li-beralism°, 303 n. 19, 304 n. 20
Cuerda, analogi a de la; y la institut ion de la cortesi a, 6061; y la ley "nazi", 8283. *Vease tambi en:* Cadena del dere-cho.
Cuestiones: de derec ho, 16; de fidelid ad. 16.17-18,19; de morali dad,1 6, 19; de hecho, 16, 21-22 *(veas e tambi en:* De-sacue rdo empir ico; Verda d y false-dad); de enmie nda, 20; en Ia etapa posint erpret ativa, 80-81
CHAVES, A., 310 n. 22
Christmas Carol, A., como novela en cadena, 169-171____
Dafios previsibles: principio de derecho consuetudinarl o sabre, 32; en el en-foque de Hercules, 174, 177-180
DAVIDSON, Donald, 302 n. 22
Deber: obedecer la ley, 89; ser justo, 143; incrementa r al mbximo la riqueza, 205-206. *Vease iambi&* Politica, obligacien
Debido proceso. *Ham* Procesal, debido proceso.
"Declos cruzados", defensa de, 40, 41,42
Defensa limite desde Ia

perspectiva del positivismo, 40-43
Democracia: y las expectativas protegidas, 107; y Ia intenciOn de los legis-ladores, 257; y el pasivismo constitu-clonal, 261, 262; y el enfoque de Hercules, 279-280; y el positivismo legal, 299 n. 6

Derecho: desacuerdo empirico sabre el, 17, 18, 35, 36, 39; fundamentos del, 17,22 (Weise *iambi&* Fundamentos del derecho); dcsacuerdos tthricos sabre, 17-18 *(Vease:* Teorico, desacuerdo, en el derecho); perspectiva del hecho evidente, 19-22, 24, 28, 35 *(Viase.* Punta de vista del hecho evidente del derecho); y la justicia, 19, 79; principios vagos en el, 20; co-mo fenOmeno social, 22-24, 292 n. 29; perspectivas internas y externas sobre, 23, 24; como un todo coherente, 27-28; y cl esceptici smo, 66-67, 70- 71, 192; fucrzas centrifugas y con-vergentes en el, 72-79; paradigmas del, 73-75; desarrollo del, 73-74, 105, 119, 287; concepto del, 75-77, 86-87, 141; cuestiones bbsicas del, 76; con-cepciones del, 76-78, 80-81 *(cease:* Conccpciones del derecho); y la mo-ralidad, 7879, 81, 298 n. 5; en lugares bajos, 81-86, 151; cadena del, 166-172, 173, 223; division del, 180 183; enfoque econamico del, 195; purificado, 281, 285-287; restricciones del, 281-283, 288; el imperio del, 289-290; sucnos fitepicos del, 286-

287; artimanas del, 287; coma au toridad, 297 n. 3. *Vease* tambien: esta--into.
Derecho como concepto interpretativo, el, 72-73, 74-75, 288; y eI analisis de la interpretacien, 47; y el derecho en los lugares bajos, 81-82; y Ia fuerza del derecho, 88; y el derecho como integridad, 165.166; y la cadena dcl derecho, 166-172, 173, 223; y la distincion liberal-conservador, 352-353; y la distincion interpretativa-no-interpretativa, 254.
Derecho coma integridad. *Vease* lntegridad, el derecho como.
Derecho, filosofia del: *Vease:* Jurisprudencia.
Derecho, teorias del. *Pare:* Conven cio-nalismo; lntegrid ad, el derecho coma; Realism o legal; Punta de vista he cho evidente en derecho; Po-sitivism o legal; Pragma tismo legal; Semant icas, teorias del derecho.
Derechos: en mercad os simulad os, 199; contra estrate gias colectiv as. 208-209, 268-269; y costo compar ative, 218-219, 220; y pasivis mo constit u-clonal, 264-268; y remedi os, 274; contra el bien comuna l, 286. *Vease* tambie n: Principi o.
Derechos de tipo "como-si", en el prag-matism o legal, 116, 117-118, 120, 121, 122
Derechos legates, 7e, 116; y el convencio-nalismo, 77,116; contra otras formas de derecho, 92; y el pragmatismo legal, 116, 117, 119-120, 121-123; y el derecho como integridad, 176; abs-tracto (prima facie), 209, 210, 214, 218, 220, 221-222; proteccion judicial de, 252; y el historicism°, 260; contra la discriminatio n racial, 269-276; cumplimien to de, 274-275; coma proter..cien de la cquidad contra la justicia, 309 n. 11

Derechos, politicos: y la personificati on de la comunidad, 129-130; y la intogridad, [1]63; y la politica, 221-222
Desacuerdo: dilema sabre el, 42-43, 44; conception interpretativ a del, 44-45, 71 *(cease tambien:* InterpretaciO n); subjetivo contra objetivo, 65, 66-67, 68-69 *(cease tambie n:* Esceptici smo); sabre los fundam entos y Ia fi r e r, *1* u rec 07 88; sabre las co nvencione s legales, 95; *cease tam- bien:* Desacue rdo empirico ; Tedrico, desacu erdo, en el derecho.
Desacuerd o empiric o sabre el derech o, 17, 18, 35, 36, 39. *Vease tambie n:* Verdad y falseda d.
"Descubrim iento" del derech o contra el desacu erdo te6rico, 18
Dccimocuart a Enmien da, 33; y la segre- gaciOn en in educaci 6n, 34; compr omiso interne proscrit o par, 138; Como restricc ien, 251; y el ml de Ia Corte Suprem a, 252; y el historici smo, 255, 277- 278; y la segrega ci6n racial on la education, 254-255; y cir- cunstancias diferentes, 257-258; y el derecho contra Ia discriminati on, 269- 276; y la action afirmativa, 277279. *Vease tambien:* Igual protec- ciOn.
DILTHEY, Wilhelm, 292 n. 2
DiscriminaciOn . *Vease:* Racial, discrimi- nacion.
DistinciOn de precedente s, en el caso McLoughlin , 32, 33
Distinciones: perspectiva extema del derecho contra intern, 23, 24; doctrina de precedente estricto contra mo-

paternal: como ejemplo de integridad, 149, 150, 151; y la protection equitativa, 282
Dred Scott, y el pasivismo, el caso de. 263

EARL (juez), 27-28, 29, 38, 40, 43, 101
Econ6mica sobre danos no intencionales, teoria, 198-200; y regla de la persona razonable, 200-202; y negligencia contribuyente, 202; adaptacidn de, 203-204; c incremento maxim° de la riqueza, 205-206; y el utilitarismo, 206-210
Economic° del derecho, enfoque, 195
Election: obligacion comunal a partir de la, 146, 148-149; en comunidades politicas, 152; y responsabilidad ptiblica, 212-213
ELIOT. T. S., 293 n. 11
Elmer, el caso, 25-28; y el principio de que nadie debe rfa beneficiarse por el mal causado por uno mismo, 27; y el caso del *snail darter*, 29; y la interpretacion del derecho natural, 38; y el positivismo legal, 39; y la interpretacion del derecho, 72; y la etapa posinterpretativa, 81; y el convencionalismo, 90,95, 96, 97,101; y el pragmatismo legal, 119. *Pose tambien:* Estatuto de testamentos.
ELY, John Hart, 309 nn. 5, II, 310 n. 15
Emocionales, dailos: y el caso McLoughlin, 30, 32, 174–180, 186 *(vEase tan:- bibs:* McLoughlin, caso); y el con-vencionalismo, 91-92

Enmienda, 20; y positivismo, 39-41
Equidad, 123-124; y convencionalismo, 107-109; e integridad, 125,189, 284; y justicia, 133; en conflicto con otras virtudes, 133, 140, 284; y leyes "diversilicadae, 133, 134, 135, 136, 137; y la protection equitativa, 135; desde el punto de vista pragmatic°, 139; y en una comunidad de principio, 156; en el derecho como integridad, 164, 175, 184185; en el tratamiento de Hercules del caso McLoughlin, 175, 180, 186; y la interpretacidn cstatutaria, 227, 239, 240, 241, 242, 245, 247; y la historia legislativa, 241-242, 257, 258; y el historicismo, 254; y el pasivismo, 264, 265-266; contra la mayo. rfa transitoria, 265; y el activismo, 266; y la teoria de clasilicacion de la justicia racial, 272; y la integridad pura, 285
ERDLIGH, G., 299 n. 5
Escepticismo: a interpretation, 64-71, 172, 296 n. 27; interne y externo, 6570, 191-192 *(vEase* Escepticismo externo; Escepticismo interno); sobre la moralidad, 67, 70, 296 n. 27; hacia el derecho, 66.67, 70-71, 192; el pragmatismo legal como, 77, 121; hacia la institution asociativa, 150-151; hacia el derecho como integridad, 166, 188, 191-194; sobre la novela en cadena, 167.168, 171-172; en los estudios legales criticos, 194–196; argumento interpretativo contra historic° en las, 195; y el pasivismo, 262-263; sobre casos dificiles, 289; y el liberalismo, 304 n. 19
Escepticismo externo, 65-70, 191-192, 195, 263, 289, 297 n. 27.
Escepticismo interne, 65-71; sobre la novela en cadena, 167-168; hacia el derecho como integridad, 191-194; en los estudios legales criticos, 195-196; en el Pasivismo, 263;

sobre moralidad, 296 n. 27. ***Vease tambien:*** Escepticismo.
Esclavitud, la, y la integridad politica, 137
Especies en peligro, acta de las, 28; historia legislativa de, 29, 245; y las intenciones sobre la construction de diques, 30; como un ejemplo de interpretacidn, 223, 224, 228-229, 230-232, 233, 240, 241, 246, 248-249. ***Vease tambien: Snail darter,*** caso del.
rat-Tonal, 258-260
Estado de la naturaleza *y* legitimidad, 144
Estado, personification del, 126-131, 139
Estatutaria, interpretation. ***Vease:*** Interpretacion de estatutos.
Estatuto: como document o contra ley, 25-26; "diversilicado", 133-137, 138, 139, 157, 159; y la comunidad de principio, 157; la Constitution como, 267. ***Vease:*** Interpretation de estatutos.
Estatuto de testamentos, 25, 26, 95, 102, 226, 245, 248
EWALD, William, 300 n. 2
Expectativas. ***Viase:*** Previsibilidad; Protegidas, expectativas,
Explicita, extension de la convention, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 108-109
ExtensiOn y significado, 61

FAIRMAN, Charles, 292 n. 28
Familiares, relaciones, y Ia igualdad, 149, 151, 282
Fascismo, el, fuera del derecho actual, 286
Federal, sistema: integridad politica en el, 138; y el podcr de Ia Corte Suprema, 252; certeza contra sustancia de la distribution en el, 260; mandato de igualdad en el, 268-269, 283
FEINBERG, Joel, 300 n. 10

Felicidad en el utilitarismo, 206-210
FELLINI, Federico, intencioncs de, 51-52
FESSLER, D., 303 n. 9
Filosofia del derecho. *Viase:* Jurispru-dencia.
FINNIS, John, 292 n. 32
FISH, Stanley, 294 n. 16, 295 n. 23
MSS, Owen, 310 n. 22
FRANK, Jerome, 291 n. 6
FRANKFURTER, Felix, 253
Fraternales, asociaciones, 148. *Ware tambien:* Asociativas, obligaciones.
Fuerza del dcrccho: y fundamentos del derecho, 87-88; y concepciones del derecho, 88; y desobediencia civil, 89; contra la integridad en la adjudi-cacion, 159-160. *Véase tambien:* Legi-timidad.
Fugitivo, ley del esclavo, 88, 160
Fundamcntos del derecho, 17,22; verdad y falsedad de, 17, 18; perspectiva del hecho- evitleftte- eler4 9.22 1-Y-Iss-tec"- r i a s s e m a n t i c a s , 3 5 - 4 3 ; criterios comparti dos por, 43; y la fuerza del derecho, 87-88, 160; y las concepciones del derectio, 88.89; y la desobe-diencia civil, B9; en el dorecho como integrida d, 164, 188
GAUAMER, H. G., 51, 55, 292 n. 2
GAVISON, Ruth, 292 n. 29
GOODMAN, Nelson, 307 n. 5
GORDON, Robert, 294 n. 15, 303 n. 18
GRAY (juez), 26-

27, 28, 29, 38, 39-40, 41, 43, 101
GRAY, J. C., 297 n. 2
GREY, Thomas, 293 n. 6, 309 n. 5
Grupal, conciencia, 56, 294 n. 15

HABERMAS, Jurgen, 292 n. 2, 293 n. 14
"Hater" la ley: contra el desacuerdo tooorico, 16; y el conveniconalismo, 92, 93, 98, 101-102, 108; y el derecho como integrad, 93-94; coherent-la con el pasado en el hcc ho de, 102; *Vease tambien:* Lagunas en el derecho
HAND, Learned, 15
HARE. R. M., 306 n. 11
HARR, C., 303 n. 9
HART, H. L A., 37, 87, 298 n. 2
HAYEK, F., 300 n. 13
Hechos, cuestiones de, 16, 22
HEGEL, G. W. F., 24
Hermes, interpretation cstatutaria por, 225-238, 255
Hercules, 173, 198, 267-268, 288; en el caw McLoughlin, 174-180, 186-187, 192-194; y la prioridad local, 181, 182-183; y la

con el pasado. Historicismo en la adjudicaciOn constitucional, 254-258; y estabilidad, 258-260; y la accion afirmativa, 277-278
HOLMES, Oliver Wendell, 24
HUTCHINSON, Allan, 305 n. 20, 308 n. 13

Ideates politicos. *Viase:* Vrtudes politi-cas.
1dentidad institucional, 59-60
Igual proteccion: y la educacion segrega-da,34, 252, 255, 256; y los autores de la Decimocuarta Enmienda, 34, 256; y la integridad politica, 138; y el rol de la Corte Suprema, 252; interpretaciem histerica de, 254-255; requerida par los Estados. 268-269, 283; el en-foque de Hercules con respect° a, 268-276, 282; y la acciOn afirmativa, 277-278
Igualdad: y las relacion es familiares, 15°-151, 282;y la incrementaciOn de la ri-queza, 208-210; concepciones de, 211-213; de recursos, 212, 213, 214- 219, 221-222, 283, 286; y b responsa-bilidad privada contra la publica, 213-214; escepticismo sobre, 262- 263. *Viase tambien:* Igualitario, prin-cipio.
Igualitario, principio: y la integridad, 162; y el gobierno, 210-, y la igualdad ra-cial, 268; y los derechos constitucio-nales, 268. *Vease tambien:* Igualdad.
Inclusiva, integridad, 284, 285, 288
Inmunidad de los abogados como ejem-plo de integridad, 160-161, 282
Integridad personal, 125
Integridad politica, 124-125; como una clara virtud politica, 125, 132-133, 137, 140, 188489, 288; y los dere-chos legales, 125; eficiencia de, 125, 140-141; en la legislacien y la adjudi-cacion, 125, 132, 159-160; y coherencia, 125,

160-163; y la personificación de la eonmeida d7-426-1-3-1-39;-efi-- conflict° con otras virtudes, 132-133, 140; y la leyes -diversificadae, 133-137, 138, 159; y la Constitucier n nor-tea merican a, 137-139; y la co mu ni-dad, 140-141; y la legit imi dad, 142, 143; en la comunidad de princ ipio, 155, 156, 157, 158, 189, 284, 285, 2 (*véase* fambien: Co

municipio), 159-160
soberanía de, 159-160
igualdad de recursos, 283, 286 (*vea se* igualdad de recursos)
justicia, 223; y Hercules en el caso McLoughlin, 173-180, 186, 192-194; prioridad local en, 180-183, 283, 284, 285; y las personas como interpre-tes, 182; y las objeciones contra Her-cules, 186-191; y los casos faciks contra dificiles, 190-191; escepticis-mo hacia la, 191-194; y los
Integridad. el dcrecho como, 77-78, 158, 164-165, 183-186, 288-289; y el prece-dente, 92, 174, 281-282; al hacer una nueva ley, 93-94; convencional ismo moderado como,98-99; y convencio-nalismo, 103-104, 164, 165, 187, 288; y los derechos legates, 116, 221; co-mo continuacio n de la interpret& clear, 165-166, 173; y la historia, 165-166, 195; y la cadena del derecho, 166-173,

estudios legales criticos, 194–197; y la ley so-bre accidentes, 215, 220; la interpre-laciem estatutaria bajo, 223, 224, 225 *(vease tambien:* Interpretacio n de es-tatutos); y la interpretacio n de Her-cules de los estatutos, 239-240, 242, 245, 246-247; y el argumento de Marshall, 251-252; en la distincian li-beral-conservador, 253; y el histori-cism°, 254; y el valor de la certeza, 259; y el pasivismo, 261; contra el ac-tivism°, 266; y la supervision judi-cial, 275; y la teoria de las categorias prohibidas, 277; y el derecho que se purifica *a si* mismo, 281; y la supre-macia legislativa, 282; y las restric-clones sobre **a** igualdad, 283; inclu-siva contra pura, 284–285; y el dere-cho mas puro, 285; y los sueflos uto-picos, 286-287. *Wan tambien:* Her-cules.

Intenciem: en la interpretaci on de conver-saciem, 47; y la interpretaci em cons-tructiva, 50; y la interpretac ien so-cial, 50, 53, 55-57; y la interpretaci em artistica, 50-53; y la estructu.ra de in-terpretacier n, 53; y el valor estetico, 53; declaraciOn contra promesa, 243- 244. *Vease tambien:* Proposito.

lntenciones de los legisladores : y el caso Elmer, 26-27; y el caso deI *snail dar-ter;* 28-30; coma cuestiem, 80-81; cambio de actitud con respecto a, 105-106; desde el punto de vista pragmatic°, 119-120; perspectiva de Hercules sobre, 223, 224, 225, 246, 247; perspectiva significado del orador sabre, 224-225, 225-232, 236-238, 246, 247, 248, 255; contra la en-mienda o la an ulacion, 226-227; y las alternativas realistas, 229; y las con-vicciones, 230, 232-238, 255; y la his-toria legistativa, 241-245; y el liempo, 245-247; y la Decimocuart

a Enmienda, 255-256, 258, 273, 278; y el historicism°, 254-258, 259, 260; contra el pasivismo, 264
Interpretacion, 47; coma concept° interpretativo, 47; cientifica, 47-48; y propósit°, 4749, 51, 52-53, 55-57, 166; de conversacion, 48-49, 50, 56-57, 292 n. 2; constructiva, 49, 50, 51, 54, 55, 57, 74, 224, 238, 294 n. 15; y los actos individuales contra las practi-cas colectivas, 50-51, 54-55; metodo de la intencion del artista de, 50-55; literaria, 53, 58; etapas de, 57-59; contra la invenciem, 58; suposicio nes o convicciones en, 59; y la identidad institucional, 59-60; y la distinciem concepto-concepciern, 61 *(vease tam-*

Concepciones del derecho); y los paradigmas, 62, 75; de la justicia, 62-64, 295 n. 20 *(vease tambien: jus-ticia);* escepticismo sabre, 64-71, 172, 296 n. 27; derecho como, 72-73, 74-75, 81-82, 165, 166, 288; adapta-ciem y justificacien en la, 107, 167, 168, 173, 184, 185, 288; de la justkia por los ciudadanos, 141, 155; de la comunidad, 150, 152 *(Moe:* Comunidad); de las practicas politicas, , o erecho como integridad, 164-165, 166, 173 *(viase:* Integridad, el derecho como); contra la dicotoaria de encontrar e inventar el derecho, 166; coma noveia en cadena, 166-172; y la dicotomia de la libertad y la restriecien, 170; opiniones for-males y sustantivas ell, 171-172; respeto por el texto en la, 172; y Hercu-les en el caso McLoughlin, 174-180, 186, 192-194 *(vease.* Hercules); prin-cipios competitivos y contradicto-rios en, 174, 193; adaptandose a las decisiones judiciales contra las opi-niones, 178-179, 203-204; prioridad local en, 180-183, 282-283, 284, 285; conviccione s politicas en, 186-187
Interpretacion de estatutos, 25-26; 223-224; literal, 26, 80-81, 101; intencio-nes de los legisladores en, 27, 28-30, 223, 224-232 *(vease*

derecho. 89, 159-160; y el convencionalismo, 91, 92, 93, 97-98, 99, 112, 118119, 165; y las expectativas protegidas, 100; y la coherencia con el pasado, 102-103; y el pragmatismo legal, 112, 113, 115-119, 120-123, 165; y la integridad politica, 126; y la integridad en la adjudicacien, 159.160,164; y el derecho como integridad, 165166, 172-173, 176, 177-178, 184-186; como autores y criticos, 166; y Hercules, 173, 189-190 ***(viase tambiers:*** Hercules); y la declaration explicita de principio, 179; interpretation estatutaria realizada por, 224, 230, 236, 242; liberales contra conservadores, 252-254; y los derechos de la minoria, 264; en los casos de integracien en las escuelas, 275; restrictions en, 282-283, 288; cuestiones interpretativas para los, 289.

Juego limpio: coma defensa de la legitimidad, 143-144; y la comunidad de reglamento, 156

Juicios: significado dolos, 15-16; cuestiones planteadas en, 16; bajo el unilateralismo, 109. ***Vease tambiete*** Casos; Casos dificiles.

Jurisprudencia (filosoffa del dcrecho): y el desacuerdo teerico sabre el derecho, 18; escepticismo con respect° a, 70-71; en bs argumentos legales, 74; y fundamentos contra fuerza del dcrecho, 88-89; y los abogados, 267;

de integration racial, 275; suefios del derecho de los, 286-287 ci „ ;-y derecho, 19, 78.79; y la teoria del derecho natural, 38; como concept° interpretativo, 62-64, 295 n. 20; en el pragmatismo legal, 115, 139; y la integridad, 125, 141, 189, 284; en la conducta personal, 130; equidad como, 133; en conflict° con otras virtudes, 133-134; y las 'eyes diversificadas, 134-137; y la igual protection, 138; deber de apoyar la, 143; contra las obligaciones comunales, 149-151; en la comunidad de principio, 156-157; en el derecho coma integridad, 164, 175-176, 184, 188; en el tratamiento de Hercules del caso McLoughlin, 175, 180, 186; elaboration practica contra elaboration academica de, 204205, 207-208; *y* el deber de incrementar al maxima la riqueza, 205; utilitarista, 206-210 ***(vease tan:bias:*** Utilitarismo); en la interpretation de Hercules de los es-tatutos, 239; escepticismo sabre, 262-263; y pasivismo, 263-265; en la integridad pura, 284285

KANT, Immanuel, y la autolegislaciem, 140

KENNEDY, Duncan, 302 n. 26, 303 nn. 16, 18

KIARE, K., 303 nn. 16, 18

Korematsu, caso, 265

KUHN, Thomas, 293 n. 4

Lagunas en el derecho: y cl punto de vista del hecho evidente, 20; y el positivismo, 39-40; y el convencionalismo, 91,92,93,98,110. ***Vease tambien: Ca-*** sos diffciles; "Hater" Ia ley.

LANGEN, P., 299 n. 4

LEADER, Sheldon, 308 n. 11

Lealtad al derecho: cuestion de, 16, 18; y el punto de vista del hecho evidente, 19, 20; y el caso del ***snail darter,*** 30;

coma obligation politica, 153; y el historicism°, 256
Legal. positivism°. *Vease:* Positivismo gal
Legal, practica: como argumentativa, 23; identification de la, 74; convencionales en la, 94-97; y el pragmatismo legal, 119-120; y el derecho como integridad, 164; y el surkimiento de la Corte Suprema, 251-252; restricciones de la, 282-283, 288; no-computabilidad, 289
Legal, realism°, 38-39, 116, 121-122; contra el derecho como integridad, 166; y los estudios legales criticos, 195
Legal, teoria: aspectos de la, 22; "externa", 24; fundamentos y fuerza de la, 87. *Vease tambibc* Te6rico, desacuerdo en el derecho; Teoria de la legislacion.
Legales, derechos. *Vease.* Derechos legales.
Legislation: en las concepcions del derecho, 80; como comunicacion, 224, 233, 244. *Vease tambien:* Estatuto.
Legislation, interpretation de la. *Vease:* Intenciones de los legisladores; Interpretacion de estatutos.
Legislation prospectiva contra retrospectiva, 118-119
Legislativa, historia, 223-224; del Acta de las Especies en Peligro, 29, 245; declaraciones oficiales• de propOsito en, 242-245; y el

paso del tiempo, 247; y los derechos de la Decimocuarta Enmienda, 273; y el debido proceso (procesal), 284
Legislativa, integridad, 125, 132, 159-160. ***Vease:*** Integridad.
Legislativa, responsabilidad, 227, 241
Legislativa, supremacia: como restriction, 281; como cquidad, 284; y justicia, 285
Legitimidad, 141-142; a travos del consentimiento tacit°, 143; y el debcr de ser junto, 143; a traves del juegolirnpio, 143-144; a traves de las obligaciones comunaies de, 152-153; y la comunidad de principio, 157, 158
Lenguaje legal, flexibilidad del, 83-84
LEWIS, David, 299 n. 3, 300 n. 14
Ley sabre danos no intencionales: teoria economica de la, 198-204, 220 ***(Vease tantbien:*** Economica sabre clews no intencionalcs, teorfa); y el utilitarismo, 206-210; interpretation igualitaria de, 210-219; y el recurso igua-Mario, 211. 212, 213, 214-219, 221-222, 283; el argument° antiliberal del, 304 n. 20
Liberalism°, 212, 213, 215; y el vigor semantic°, 62, 64
Liberalispo: estudios legales criticos sobre el, 196-197, 303 n. 19, 304 n. 20; de los jueces, 252-254; y Hercules, 280.
Literal, interpretacion, 26; coma cuesti6 n 80-81; como criteria del convencionalismo estricto, 100-101
Literaria, interpretation: la intention del autor en, 53; etapa preinterpret

ativa en, 58
Literario. criticism°, funciem del juez comparada con el, 166-167
Local, prioridad, en los juicios interpret&tivos, 180-183, 283, 284, 285
Lochner, caso, 263, 264, 279
LUKES, Stephen, 295 n. 21
LYONS, David, 299 n. 4

MADISON, James, 301 n. 9
Marbury contra Madison, 261
MARSHALL, John, 251-252
Marxismo: y justicia. 63-64, 295 n. 21; coma derecho extranjero, 286
Mayorilario, sistema: la integridad en el, 124, 133; y el utilitarismo, 207-208; contra los derechos constitucionales, 252; y el pasivismo, 263-266; en el enfoque de Hercules, 279-280; y la equidad, 311 n. 3. *Vease laminar* Democracia.
McLoughlin, caso, 30-33, 40; y la interpretaciem del derecho natural, 38; y el positivism° legal, 39; y las expec-tativas protegidas, 93; en el derecho como intcgridad, 94; y la convention legal, 95; y el convencion alismo moderado, 98; y el convencionalismo estricto, 101; y la coherencia con el pasado, 102-103; bajo el unilateralismo, 108-109; y la sorpresa, 108-109; y cl pragmatismo legal, 120, 122; y la integridad, 133; y la integridad contra el pragmatismo, 161; y la cadena del derecho, 172-173; tratamiento de Hercules del, 174-180, 186, 192-194
MEIAMED, A Douglas, 306 mi. 4, 5
Mentales de los legisladores, estados, 224, 226, 228-230,

Negligencia: contributoria, 202-203; **comparativa,** 203
Negligencia, ley sobre: y ley sobre perjuicios, 182-183; interpretation de, 198, 208-209,222. *(Vease* ***tambien:*** Ley sobrc daflos no intencionales.)
NELSON. William, 301 n. 9, 302 n. 10
NEURATH, Otto, 88, 106
NIETZSCHE, Friedrich, y los paradigmas de justicia, 64
Nihilismo en el derecho: temor de los tcdricos semanticos. 43; y el derecho coma Hoskin. 81
Novela en cadena, 166-168; Scrooge en la, 169-172; novela "real" en, 172; **y** el derecho, 173
NOZ1CK. Robert. 302 nn. 18, 19. 306 n. 14
237-238; comunication de, 224; y el metodo de Hercules, 225; contrafactico s, 230-232. 233; y IlTelislation coma comun cien, 245; y el historicism°, 255. *Yea-**se tambien:*** Intenciones de los legisladores
Mercado, reglas de simulation de, 199; en el deber de incrementar al maxim° la riqueza, 205-206; en el utilitarismo, 206-210; y el igualitarismo, 210-211, 214-219
MILL, James, 301 n. 2
MILLER, Jonathan, 293 n. 7
Minusvalidas, personas, y la igualdad de recursos. 217, 286
Moderado, conventionalism°, 97-99
Moralidad: en el juicio legal, 15; y el pu n-to de vista del hecho evident e en derecho, 19-21; y el prccedente del ca-so McLoughlin, 33, 99; contra Ia politica, 33-34; y la teorfa del dcrecho natural, 38; escepticismo con respect° a, 66.71, 296 n. 27; contra gusto, 68-69; y el derecho, 78-79, 81, 298 n. 5; contra el conven cionalismo, 93; en la interpr etation de conven ciones, 95-96; y ei conven cionalismo modera do, 98-99; en el pragma tismo legal, 115-116, 121, 139; y la integridad politica, 125, 141; de la comun idad personif icada, 126-131; y la obligacion politica, 142; obligacion es asociativas en, 145-149; en la equidad de las decisiones, 180; y el divisionismo del derecho, 181-182; y la decision de Hercules, 188; elaboradon practica contra academica de, 204, 205, 207-208; y el deber de ineremental maxitno la riqueza, 205-206; utilitarismo 206-210 *(cease:* Utilitarismo); mantenimiento de promesas, 243-244; y Ea

Decimocuarta Enmienda, 258; y liberalism°. 304 n.19. *Vease* Politica, moralidad. Moral, recordatorio, 217-218

NAGEL, Thomas, 130, 296 n. 24, 300 n. 12
Natural, teorias de derecho, 38; y la relaclan moralidad-derecho, 79; Ia relation justicia-ley en, 79, 82; y el derecho como integridad, 189; y Hercules, 279
Nazi, la Alemania: y la regia de reconocirmiento, 37; el "derccho" en, 82-86; y **h-respensabilided-grui3a1-1.29-**

OAKLEY, John, 291 re 13
Objetividad, 68-69; y la actitud interpretativa, 64-68; y los casos dificiles, 191; y el escepticismo extern°. **101.** ***Vease tambien:*** desacuerdo empiric° sobre el derecho; Verdad y falsedad.
Obligation. ***Vease:*** Moralidad; Politica, moralidad; Politica, obligacion.
Obligations de la comunidad. ***Vease.*** Asociativas, obligaciones.
Octava Enmienda, 251, 252
Opacidad de las dcclaracioncs y convirclones, 235, 255-256
Opuesta, discrimination. ***Yeast':*** Afirmativa, action.

Paradigmas, 62; de justicia, 64; de derecho, 73, 74, 75; convencionalistas, 94-95; y la actitud interpretativa, 106; y Ia conservation de las espccies como, 241; y los casos faciles contra los dificiles, 249-250. ***Vease*** tam ***bien: Caws*** fundamentales.
PARFIT, Derek, 295 n. 19
Parlament°, el, y la interpretation estatutaria, 243
Pasivismo en la adjudication constitucional, 260-266; cuestiones en, 261; y la equidad, 264-266; y la justicia,

263265; y la accien afirrnativa, **278;** y Hercules, 279-280
Pensamiento y expresien, **224**
Perjuicios, ley sobre: y ley sobre negli-
198, 209, 222. (***Vease tambien:*** **Ley** sobre daños no intencionales.)
PERRY, M., 309 ***n.*** 5
Personificacion de la comunidad o estado e integridad politica, 126-131, 139. 164, 210
Plessy contra Ferguson, 34, 93, 264, 267, 272, 273, 280
POLINSKY, M., 306 n. 7
Politica: el derecho como, 20-21; de adjudicacion, 22, 267-268; y los casos mites, 41
Politica, moralidad: cuestiones de, 16-17; y el caso Brown, 34; y el derecho como integridad, 78, 173, 189; y las concepciones del derecho, 81; y el derecho perverso, 84, 86; contra las expectativas protegidas, 92; y las sorpresas, 108; contra la fuerza del derecho, 159-160; y el anuncio de principio explicit°, 178-179; y los easos dificiles, 184, 185, 186; y la interpretaciOn, 186, 266, 288; y la interpretacion estatutaria, 225, 227; en la interpretation constitutional, 258. 259, 263-264; en la politica legal utopica, 286-287. ***Vease tambien:*** Moralidad.
Politica, obligacidn, 142; y las obligaciones asociativas, 145, 148, 151-152, 158; y la emigration, 152
POPPER, Karl, 293 n. 4

Posinterpretativa, etapa, 58; cuestiones legales en Ia, 80-82; declaracioncs convencionalistas en la, 91, 92; en la intcrpretacidn de la Constitution, 253
Positivism° legal, 36-37, 39-43; y la relaciOn justicia-derecho, 79; y el derecho perverso, 82; use inflexible en, 83; y la naturaleza dcl derecho contra la fuerza del dcrecho, 87; y et derecho como autoridad, 297 n. 3; y la democracia, 299 n. 6. ***Vease tambien:*** Semanticas, teorias, dcl derecho.
POSNER, Richard, 306 n. 1, 306 n.
POSTEMA, G., 300 n. 13
POWELL, H. J., 310 n. 22
POWELL, Lewis, **29-30**
Pragmatismo legal, 77, 115-116, 119-120, 121, 288; y Ia relation justicia-de,re-cho, 79; y el conven cionalismo, 112-114, 119, 121, 122, 190; y Ia morali-dad, 115-116, 121, 139; estrategia de como side, 116, 117, 120, 121, 122; y los derechos legales, **115-116, 117**I18, 119, 121-123; y la legislaciOn presunta, 117-119; y el desarrollo de la cultura legal, 119; y el derecho co-rn° integridad, 161, 164, 165, 176, 187, 288; y el divisionismo, 181; activism° corm, 266
Preinterpretativa, etapa, 57-58; para la justicia, 64; como contingente y local, 74; para eI derecho, 75; y el "derecho" nazi, 82, 83, 84
Precedente: teoria relajada de, 30-32; doctrina estricta de, 30-32, 282; y convergencia de

interpretation, 7273; en la conception del derecho, 80; y el convencionalismo, 90-91, 95, 96, 101, 102; desacuerdo sabre la interpretacien. 95; y la coherencia con el pasado, 102, 103; cambios de doctrina de, 106; en la perspectiva del pragmatismo legal, 112, 117, 120, 122; en el enfoque de Hercules, 174180, 186, 238-239, 280, 282; como restriccion, 281-282; como debido proccso (proccsai), 284. ***Vease tambien:*** Cadena del derecho.
Previsibilidad: contra flexibilidad, 111-114, 117; a traves del divisionismo, 181-182; valor de, 259-260. ***Vease Iambic*:*** Protegidas, expectativas.
Principio: y compromiso, 134-137, 301 n. **7; comunidad de. 155, 156,** 157, 284, 285 ***(vease tambien:*** Comunidad de principio); en la integridad politica, 161-163; contra Ia politica, 161-163, 176, 220-222, 239-240, 268; contradictorio contra compctitivo, 174, 192-193, 196; reconocimiento explicit° de, 178-179; en la justificacion utilitarista, 207. ***Vease.*** Derechos.
Procesal, de bido proceso, 125; en conflicto con otras virtudcs, 133, 284; y la integridad en la adjudication, 159160; en el derecho como integridad, 164, 175; en la interpretation de Hercules, **239;** en la integridad

284; y la integridad pura, 285

A

Prohibidas catemoria s. 270. 271, 272. 273, 276, 277
Prohibidas,

fuentes, 270, 271, 272-273, 276-277
Promesas: y responsabilidades de los funcionarios pnblicos, 130-131; esta-tutos como, 243-244.
Propiedad: derechos abstractos en la, 20, 214 *(vease tambien:* Derechos); en las concepciones de igualdad, 21°- 214; y la igualdad de recursos, 212, 213, 285; politica contra principio en, 220, 221. *Weise tambien:* Ley sobre dafios no intencionales.
Proposito: e interpretacion, 47-49, 51, 53, 55-57, 166; en la interpretacion esta-tutaria, 80; en la historia legislativa. 242-245; en la Decimocuarta Enmienda, 258. *Viase tambien:* Intenciem; Sentido.
Propuestas de ley, 16-17; fundamentos de las, 17, 18,22 *(viase tombien:* Fundamentos del derecho); verdad o falsedad de las, 17, 36, 241 n. 5; teorias semanticas sabre, 35, 36-43; y la analogia de causalidad, 35; y usos fundamentales contra secundarios, 40.43; y casos fundamentales, 41-43; en el derecho como integridad, 164
Protegidas, expectativas: como ideal convencionalista, 92, 93, 94, 100-101. 107; y el convencionalismo rnoderado, 99; y la democracia, 197; equidad de, 107-108; previsibilidad contra flexibilidad, 109-114
Protestante, actitud, con respect° al dere-cho, 290; y la integridad, 141; y el divisionismo, 182
Prueba, casos de. *Vease:* Casos fund& mentales.
Punt° de vista del hecho evidente del dc,- recho, 19-22; y los casos citados corn° ejemplos, 24, 28, 35;

y las teonas sernanticas /positivistas, 35, 36, 39, 40, 41; sobre las opiniones de los jueces, 74; y el dictamen legal de Mar-shall. 251-252
Pura, integridad, 284-286
QUINE, W. V. O., 293 n. 3, 307 n. 6
Quinta Enmienda, 251
Racial. discriminacion: y la obligacien asociativa, 150; el. derecho constitu-clonal contra la, lb-WZ7z
Racial, segregacion, en la educacien: y el derecho 'descubiert6" contra el "inventado", 18; y el caso Brown, 33-35. 272-273 ***(vease tambien:*** Brovrn, ca-so); y el transporte escolar, 161; y el rol de la Corte Suprema, 252; y la interpretaciem historicista, 254-255, 256; y la equidad, 265; remedios contra, 273-276; y la accion afirmativa, 276-279
Racionalidad, requisito de, de la Constituciem, 269, 278
RAWLS, John, 142, 143, 295 n. 17, 301 n. 1, 302 nn. 16, 17, 18, 303 n. 19
RAZ Joseph, 295 n. 18, 297 n. 1, 297 n. 3
Realism* legal. ***Pose:*** Legal, realism°.
Recursos, igualdad de, 211-219. 221, 283-284, 286
Regla de la persona razonable, 201-203, 217-218
Regla de reconocimiento en la teoria de Hart, 37
"ReglamentaciOn" del derecho, 76
Reglas: coordinaciem a traves de, 110-111; en la justificacien utilitarista, 207. ***Pau tambien:*** Convencion; Principio.
Responsabilidad: institucional, 126-128, 140-, colectiva, 129, 130-

131; de los funcionarios politicos, 129-131; de principio, 193; ptiblica contra priva-da, 210, 213, 220 *(Vease tambien:* Derechos kgales); legislativa, 227-228
Riqueza de la comunidad: definicien de la, 198, 205; el deber de incrementar al maxim° la, 205-206; en el utilitarismo, 206-210
ROUSSEAU, Jean Jacques: y la autolegislacion, 140

SCARMAN, Lord, 33, 40
Scrooge. interpretacien de, 169-172
Segregacien. *Vease.* Racial, segregacion. en la educackm.
Semanticas, teorfas, del derecho, 35-39; positivism° legal, 36-38, 39-43 *(via-se:* Positivism° legal); teorias de derecho natural. 38, '79, 82, 189, 279; realism° legal, 313-39, 116. 122. 166, 195; defensas de, 39-43; usos importantes contra secundarios, 40.43; y los casos fundamentales, 41-43; coin°. escape del nihilism° legal, 42-43: y la justicia, 62, 63; el objetivo imposible de las, 74; rivalidad del positivismo-derecho natural en las, 79; y el derecho perverso, 8'2, 83, 86; uso inflexible de, 83; y el derecho natural contra la fuerza del derecho, 87; y el convencionalismo, 90-91; y la cohe-rencia de principio, 103-104
Semantic°, vigor, 44-45, 59, 60, 62, 72; y el sistema legal, 75; y los paradigmas legates, 75; *y* el derecho perverso, 83; y la decision de Hercules, 188; y la adjudicacien constitucional, 254
Sentido: e interpretacien, 53; del dere-cho, 72, 77, 108, 113, 252; de la deci-sion judicial, 106; de estatutos, 242
SHAVELL, S., 306 n. 7
Signiticado: una actitud

interpretativa, 45-46, 47-48; de la practica contra los individuos, 50-51, 56-57; y extension, 61
Significado del derecho, 36. ***Vease tam-bien:*** Semanticas, teorfas del dere-cho.
Sign ificado del orador, punto de vista dcl: de la interpretacion estatutaria, 224-226; y las cuestiones de origen, 226-227; intencion compucsta en, 227-228, 237-239; esperanzas y expectati-vas en, 228-230-, y la convicciem de los legisladores, 230, 232-238; momento canemico en, 246, 247; y la confusi6n, 248; y el historicism° en la Constituciem, 255
Sign ilicado fuer-a de context° (interpreta-ciOn), 26, 30, 73, 244-245, 249
SKINNER, B. F., 24
Snail darter, caso del, 28-30; y el positivis. mo legal, 39; y el convencionalismo estricto, 97, 101; y el convencionalis-mo moderado, 97-98; como ejemplo de interpretaciem, 223, 226, 232, 234-238, 239, 241, 245
Social, ciencia; e interpretaciem, 50. 56, 59, 293 n. 114. ***Vease:*** Historia. Social, contrato. teoria del, 143
Social, interpretacion, 47, 48. 50, 52, 53. 55-57
Sociedad. *Vease* Comunidad.
Sociologia: **y la practica** legal, 22-24; en el caso Brown, 34
SOPFla Philip. 299. n 4
STEVENS, John Paul, 309 n. 3
Suprema, Corte, norteamericanal el poder de, 15-16, 251-252; en el caso del ***snail darter,*** 29, 101; precedente de, 31; en el caso Brown, 33-35; en la perspectiva convencionalista, 93; en la vaga definiciem de crimenes, 109; reglamentaciem del aborto por, 138- '39; liberates contra conservadores, 252-254; en la interpretacion historicista, 258; en Marbury

contra Madi-son, 26]; y el pasivismo, 264-265. ***Wase tarnbien:*** Brown, caso; ***Snail*** darter, caso del.
SUTHERLAND, A., 299 n. 5
SwIFT, Jonathan, 300 n. 2

Teoria: academica contra practica, 204
Teoria de la legislacion: y la interpreta-cion estatutaria, 26, 30; cambio en, 105
Teoria igualitaria sobre dafios no inten-cionales, 210-211, 221-222; y respon-sabilidad pablica contra privada, 209-210, 213-214, 220; costo compa-rativo en, 214-219
Teorfas del derecho. ***Wase:*** Conven-cionatismo; Integridad, el derecho co-mo; Realism° legal; Punto de vista del hecho evidente del derecho; Positivism° legal; Pragmatismo legal; Semanticas, teorias, del derecho.
Teerico, desacuerdo, en el derecho, 17-18, 22; contra "inventar" la ley, 18; y el punt° de vista del hecho evidente, 19-22, 35, 39 ***(vease:*** Punto de vista del hecho evidente del derecho); y el caso Elmer. 28; y el caso del ***snail darter,*** 20-30; y el caso Brown, 34; y las teorias semanticas, 35-42 ***(vease tambien:*** Semanticas, teorias, del de-recho); y criterios objetivos compar-tidos, 4243, 4445; como interpreta-tivo, 72
Textual, integridad, de estatutos, 239-240, 242, 245, 246-247
Tradicionales, practicas: interpretacion de la cortesia como, 62-63; y la igual. dad, 140, 150-151, 282; y la discrirni-nacion racial, 269-270, 273-274. ***Vease.*** Cortesfa.
Transaccien, costos de, 199-200, zUb
Transparencia de las declaraciones convicciones, 235, 256
Transports escolar, 161, 275

TRIBE, Laurence, 301 n. 9, 302 n. 10
TUSHNET, Mark, 303 n. 19

Unilateral. convencionalismo (unilateralismo), 108-109, 111, 258
!tilitarismo, 206-210; y el vigor sernanticO, 62; y la igualdad, 208-210, 212; y la responsabilidad personal, 220; y la discriminaciOn racial, 269-270; en ci derecho purificado, 286
Utopia filosofia politica como, 123; en la politica legal, 286-287

Valores: y la actitud interpretative, 45; en la interpretaci6n constructiva. 49; y la interpretacion artistica, 51, 52; del arte, 53-55; de la integridad, 140; de la eerteza, 259-260
Verdad y falsedad: de los fundamentos –6"ert" 1217177113; de las propuestas de ley, 17-18, 291 n. 5. ***Vease tam-bibs:*** Desacuerdo empirico sobre el derecho; Objetividad.
Verstehen, 292 n. 2
Virtudes politicas, 123-124; conflictos entre las, 92, 140, 284. ***Vease tambiew*** Equidad; Integridad; Justicia; Debido proceso.

WAKEFIELD, John, 308 n. 13
WALDRON, Jeremy, 302 n. 14
WALZER, Michael, 295 n. 20
WARREN. Earl, 34, 254
Wealth, test de, 198-200; y la regla de la persona razonable, 200-202; y la negligencia contributiva, 202-203; adaptaciOn del, 203-204
WILLIAMS, Bernard, 296 n. 24
WITTGENSTEIN, Ludwig: y la forma de vida, 56; analogia de la cuerda de, 60; sobre la comunicaciOn del pensa• miento, 224